Nicht für den Austausch

Untertarifliche Entlohnung bei Minderleistung

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Breslau

vorgelegt von

Heinz-Günther Mierwald

1938

Druckerei und Verlag wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch,
Würzburg-Aumühle

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Hans T h i e m e.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Vorliegende Arbeit erscheint gleichzeitig als Band 4 in der Schriftenreihe „Beiträge zum Deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht“ herausgegeben von Landgerichtsdirektor Dr. Karl Sell, im Konrad Triltsch-Verlag, Würzburg-Aumühle.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Leistungslohn — gerechter Lohn 1

II. Der Einfluß der Minderleistung auf den Tariflohnanspruch 4

A. Definition des Begriffes Minderleistung 5

B. Die Berücksichtigung der Minderleistung bei der tariflichen Gestaltung der Arbeitsbedingungen 12

1. Die Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der Tarifordnung auf volleistungsfähige Beschäftigte 12

2. Die Zulassungsnormen 19

a) Die allgemeine Zulassungsnorm 20

b) Die Minderleistungsklausel 24

aa) Der Aufbau bisher verwandter Minderleistungsklauseln 26

bb) Die rechtliche Unzulässigkeit der Verwendung von Minderleistungsklauseln in der Tarifordnung 30

cc) Rechtspolitische Erwägungen 34

3. Die rechtliche Bedeutung der Minderleistungsbestimmungen in den als Tarifordnung weitergeltenden Tarifverträgen 47

C. Das Günstigkeitsprinzip 52

D. Der Einfluß der Minderleistung auf den Tariflohnanspruch bei der Akkordarbeit 56

III. Zusammenfassung des Ergebnisses 61

I.

Leistungslohn – gerechter Lohn.

„Jeder Arbeiter ist seines Lohnes wert". — Dieser Satz gehört als Ausdruck des Leistungsgedankens zu den Grundsätzen der nationalsozialistischen Ordnung der Arbeit. So soll bei der Festsetzung des Arbeitsentgelts in betriebsordnungspflichtigen Betrieben für die seinen Leistungen entsprechende Vergütung des einzelnen Betriebsangehörigen Raum bleiben (§ 29 AOG.). Man könnte dabei versucht sein, unter Leistung nur den augenblicklichen Wert der im Laufe der Zeit veränderlichen Arbeitskraft zu verstehen. Es wird denn auch im praktischen Arbeitsleben vielfach die Ansicht vertreten, daß gerade der Gedingelohn, namentlich der Stücklohn, die typische Form der Leistungsentlohnung im Sinne der Arbeitsverfassung sei. Dabei könnte sich aber auch folgendes Bild ergeben:

Der im Gedinge arbeitende Arbeiter X verdient entsprechend dem Arbeitsergebnis im Alter von 20 Jahren 25,— RM in der Woche, im leistungsfähigsten Alter von 25 bis 30 Jahren 35,— RM, dann aber, nachdem er bereits 20 Jahre demselben Betrieb angehört hat, bei absinkender Arbeitskraft wieder 25,— RM, zuletzt vielleicht nur noch 20,— RM.

Sicherlich wird diese Art der Leistungsentlohnung nicht als gerechter Lohn empfunden werden können. Es liegt wohl nahe, bei der Leistungsentlohnung zunächst von dem augenblicklichen Wert der Arbeitskraft, von der von Fall zu Fall erbrachten Arbeitsleistung auszugehen. Unter Leistung im Sinne des § 29 AOG. werden wir aber in erster Linie die insgesamt und dauernd dem Betriebe zur Verfügung gestellte Arbeitskraft verstehen müssen, nicht etwa nur das einzelne Arbeitsergebnis in der Lohnwoche vom 6. 1. bis 12. 1., vom 14. 1. bis 20. 1. usw. Selbstverständlich sollen auch gute Einzelleistungen bei der Bemessung der Vergütung Berücksichtigung finden. Dieses bringt der Gesetzgeber besonders zum Ausdruck, indem er bestimmt, daß „auch im übrigen auf die Möglichkeit einer angemessenen Belohnung besonderer Leistungen Bedacht zu nehmen ist". Vor allem darf sich der Lohn nicht dort engherzig der augenblicklichen Leistungsfähigkeit anpassen, wo mit

sehr langer Dauer des Arbeitsverhältnisses zu rechnen ist[1]). Ich glaube, daß die Lohnzahlungspflicht als Folge und Erscheinungsform der Treuepflicht, wie Siebert[2]) sie aus § 2 AOG. ableitet, ein Lohnergebnis nach dem angeführten Beispiel ausschließen würde. Der Staat gibt uns vielleicht mit der Beamtenbesoldung das beste Beispiel für eine wahre Leistungsentlohnung, für den gerechten Lohn. Es wäre bei der Sorge des Staates für den Beamten undenkbar, daß der Beamte mit steigendem Dienstalter eine Verringerung seiner Dienstbezüge erführe, selbst wenn seine Leistungsfähigkeit in vorrückendem Alter nachließe. Ausschlaggebend muß also bei der Leistungsentlohnung grundsätzlich das Gesamtbild der Leistung für den Betrieb sein. Nur eine auf dieser Leistung fußende Lohnbemessung kann zum gerechten Lohn führen. Auch die Leistung des Einzelnen für das Volksganze wird bei der Bemessung der Vergütung nicht unbeachtet gelassen werden können, steht doch eine solche Leistung nicht außerhalb des Betriebsinteresses, da das Gedeihen des Betriebes wiederum von der Gesundheit und Stärke der Volksgemeinschaft und des Staates abhängig ist.

Darüber hinaus muß das Arbeitsentgelt unabhängig von der Leistung bis zu einem gewissen Grade so bemessen sein, daß es Bestand und Lebensfähigkeit des Arbeitsmenschen als Glied der Volksgemeinschaft sichert. Es muß nicht nur ihm selbst, sondern auch seiner Familie eine ausreichende Ernährungsgrundlage und die Möglichkeit der Fortpflanzung gewähren. In gewissen Grenzen muß der Lohn Bedarfslohn sein[3]). Von Bedeutung ist dieses vor allem für diejenigen Arbeitskräfte, die nicht volleistungsfähig sind. Nicht immer wird die Sozialversicherung hier mit ihren Rentenleistungen ausgleichend helfen können, so wenn die Erwerbsbeeinträchtigung nicht durch einen Gesundheitsschaden hervorgerufen ist, für den die Sozialversicherungsträger einstehen. Bei individueller Vertragsfreiheit werden die Beteiligten des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der Minderleistung einen Lohn vereinbaren, der zwar unter dem normalen Niveau liegt, aber dennoch die Existenz des minderleistungsfähigen Beschäftigten gewährleistet. Dieses wird auch durchaus dem Gedanken eines gerechten Lohnes entsprechen, wenn sich tatsächlich im Betriebe keine Möglichkeit ergeben sollte, den Minderleistungsfähigen an einen Arbeitsplatz zu stellen, an dem er normale Lei-

---

[1]) So auch Richter in NS.Soz.Pol. 1933/1934 Nr. 6, S. 176 f.

[2]) Siebert, „Arbeitsverhältnis", S. 101 f.

[3]) Vergl. auch Richter in NS. Soz.Pol. 1934 Nr. 6, S. 176. Siehe auch Schuhmann-Brucker, a. a. O., S. 198, der von einem Grundlohn als unterster Grenze des Lohnes überhaupt ausgeht (Existenzminimum) und den Leistungslohn aus den drei Teilen Grundlohn, Leistungszuschlag, Gewinnanteil zusammensetzt.

stungen erbringen kann. Selbstverständlich denke ich dabei nicht etwa an ein Gefolgschaftsmitglied, das im Betriebe altgedient ist oder dortselbst durch Betriebsunfall seine volle Arbeitskraft verloren hat. Dem Wesen des gerechten Lohnes wird es in diesen Sonderfällen im Sinne der obigen Ausführungen entsprechen, daß nicht ausschließlich die augenblickliche Leistung Gegenstand der Lohnbemessung ist, es sei denn, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Betriebes auch in diesen Fällen eine Minderentlohnung gebieten. Der gerechte Lohn wird sich also in gleicher Weise für volleistungsfähige und minderleistungsfähige Gefolgschaftsmitglieder als sinnfälliges Ergebnis der wechselseitigen Treuepflicht zwischen Betriebsführer und Gefolgsmann darstellen.

Die Frage des gerechten Lohnes bietet heute auch bei den Betrieben, für die die Arbeitsbedingungen tariflich geregelt sind, grundsätzlich keine rechtlichen Schwierigkeiten mehr. Während nach früherem Tarifrecht die Tariflöhne Spitzenlöhne (Höchstsätze) sein konnten, schließt nunmehr § 32 in Verbindung mit § 29 AOG. eine tarifliche Begrenzung des Lohnes nach oben eindeutig aus[4]). Es bleibt somit dem Unternehmer immer der erforderliche Spielraum für Leistungsanerkenntnisse, die alsdann den richtigen, gerechten Lohn ergeben. Sei es, daß dabei die Lohnerhöhung durch langjährige Verdienste, sei es, daß sie durch Einzelleistungen von Fall zu Fall geboten erscheint. Zweifel können nur dann entstehen, wenn die Leistungsfähigkeit des Gefolgschaftsmitgliedes unternormal und deshalb unter Umständen die Unterschreitung der Mindestsätze billig und erforderlich ist. Natürlich ist dem Mindestentgelt nicht eine durchschnittliche Leistung zugrunde zu legen, sondern eine Leistung, die von der Mehrzahl der Schaffenden übertroffen werden kann. Der von dem eigenen Einsatz abhängige Leistungslohn soll ja eben nicht nur für eine kleine Anzahl von Beteiligten Ansporn sein[5]). Es verbleiben aber bei den Wechselfällen des Verkehrslebens immer noch eine beachtliche Anzahl solcher Arbeitskräfte, die diese Mindestleistungen nicht erreichen und trotzdem in Arbeit und auskömmlichem Verdienst gehalten werden müssen. Hier ergibt sich dann die Frage, ob der tarifliche Mindestlohn auch diesen Arbeitskräften immer als gerechter Lohn gewährt werden muß, oder, ob und wann bei Minderleistung des Beschäftigten eine Unterschreitung des Tariflohnes billig und zulässig sein kann. Die nachfolgende Abhandlung soll sich mit dieser Frage im Hinblick auf die Rechtsnatur und die Rechtswirkungen der Tarifordnung nach der heutigen Arbeitsverfassung auseinandersetzen.

[4]) Die VO. über die Lohngestaltung vom 25. 6. 38 gestattet heute auch in Sonderfällen die Festsetzung von Höchstsätzen durch den Reichstreuhänder der Arbeit. Vergl. hierzu S. 18, Anm. 67.

[5]) Vergl. auch v. Brevern, a. a. O., S. 584.

II.

Der Einfluß der Minderleistung auf den Tariflohnanspruch.

Die Tarifordnung ist heute nach übereinstimmender Auffassung [1]) eine Rechtsverordnung, die kraft gesetzlicher Ermächtigung vom Reichstreuhänder der Arbeit erlassen wird. Ihre Bestimmungen sind für die erfaßten Arbeitsverhältnisse als Mindestbedingungen [2]) rechtsverbindlich (§ 32 II AOG.). Daraus ergibt sich die unmittelbare Einwirkung [3]) der Inhaltsnormen auf die unterfallenden Arbeitsverhältnisse. Darüber hinaus sind die Tarifnormen mit zwingender Wirkung ausgestattet, damit der beabsichtigte Schutz der Beschäftigten gewährleistet ist [4]). Ausgehend von dieser Unabdingbarkeit der Tarifnormen wird auch die früher sehr umstrittene Frage des Tariflohnverzichts dahin zu beantworten sein, daß ein Verzicht auf tarifliche Ansprüche zum mindesten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses unzulässig und gemäß § 134 BGB. nichtig ist [5]).

Diese Totalität des Unabdingbarkeitsgrundsatzes im heutigen Tarifrecht hat aber keineswegs die Schwierigkeiten außer Acht gelassen, die sich in Sonderfällen aus der schlechten wirtschaftlichen Lage des Unternehmens ergeben können. Hier bietet die 14. Durchführungsverordnung zum AOG. hinreichend Raum für die Berücksichtigung der Notlage des Betriebes durch Herausnahme dessel-

---

[1]) Vergl. u. a. Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm. 1. Aufl., S. 326, Anm. 118 zu § 32; Mansfeld-Pohl, Komm., S. 359. Anm. 8 zu § 32; Dersch, Komm., S. 205, Anm. 4 b zu § 32; ders. in DAR. 1934, S. 67; Nickisch, a. a. O., S 58; Richter in JW. 1934, S. 1013; Oppermann in JW. 1934, S. 603.

[2]) Die Verordnung über die Lohngestaltung vom 25. 6. 38 gestattet neuerdings auch im Zusammenhang mit der Reichsverteidigung und der Durchführung des Vierjahresplanes die Festsetzung von Höchstsätzen durch den Reichstreuhänder, um die Zahlung unberechtigter Konjunkturlöhne und die gegenseitige Ausspannung von Arbeitskräften zu verhindern.

[3]) Vergl. auch Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm. 1. Aufl., S. 336, Anm. 164 zu § 32; Mansfeld-Pohl, Komm., S. 376, Anm. 11 b zu § 32.

[4]) Vergl. z. B. Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm. 1. Aufl., S. 338, Anm. 168 zu § 32; Richter in JW. 1934, S. 1016.

[5]) Vergl. hierzu namentlich RAG. in ArbR.Samml. Bd. 24, S. 93 f.

ben aus der Tarifregelung im Wege der Einzelverfügung des Reichstreuhänders.

Man kann sich in der Praxis mit Genugtuung davon überzeugen, daß dieser absolute Schutzcharakter der Tarifordnung des AOG. einen außergewöhnlich segensreichen Einfluß auf die Befriedung des Arbeitslebens ausgeübt hat. Die weitaus geringste Anzahl von arbeitsrechtlichen Streitfällen hat in der Gegenwart Ansprüche zum Gegenstand, die sich aus der Nichtbeachtung der tariflichen Lohnbestimmungen ergeben [6]). Wenn damit auch das neue Tarifrecht erheblich an Problematik verloren hat, so ist die Frage der Zulässigkeit untertariflicher Entlohnung nicht gänzlich gelöst. In gleicher Weise wie im früheren Tarifrecht stößt auch heute die Entlohnung Minderleistungsfähiger bei tariflicher Regelung der Arbeitsbedingungen immer noch auf Schwierigkeiten, obwohl auch hier die 14. Durchführungsverordnung zum AOG. Raum für einen Interessenausgleich läßt. Zur Behandlung dieser Frage bedarf es vorerst einer Definition des Begriffes Minderleistung.

A. Definition des Begriffes Minderleistung.

Die vom Beschäftigten geschuldete Leistung besteht in der Verrichtung der versprochenen Arbeit; § 611 BGB. Diese Arbeit kann beliebiger Art sein, sie ist im Zweifel in Person zu leisten. Ihren näheren Inhalt empfängt die Arbeitsleistung aus dem Vertrag, aus § 242 BGB. und aus § 2 AOG.

Auch im Dienstvertrag, der heute noch als Oberbegriff des Arbeitsvertrages gilt [7]), hat sich die Unterscheidung von Nichtleistung und Schlechtleistung eingebürgert [8]). Bei der Schlechtleistung ist der Beschäftigte zwar seiner Verpflichtung zur Arbeitsleistung nachgekommen, aber er hat sie nicht so erfüllt, wie es dem Vertrage entspricht [9]). Eine Leistung kann sich in verschiedenster

[6]) Verfasser schätzt die Anzahl dieser Fälle im Jahre 1936 auf Grund seiner Tätigkeit in einer Reihe von Rechtsberatungsstellen der DAF Schlesien auf etwa 15 bis höchstens 25 v. H. der insgesamt anfallenden arbeitsrechtlichen Verfahren. Ein weiterer Rückgang war im Jahre 1937 zu beobachten.

[7]) Das RAG. hat dieses in wiederholten Entscheidungen bestätigt. Vergl. u. a. RAG. vom 5. 2. 36 — RAG. 250/35 in Arb.R. u. Soz.Vers. 1936, S. 52, Nr. 65; RAG. v. 7. 3. 36 — RAG. 218/35; RAG. in ArbR.Samml. Bd. 25, S. 197. Vergl. vor allem auch Mansfeld in DAR, 1936, S. 118 f.

Anders dagegen Siebert in „Arbeitsverhältnis" und in NS. Soz.Pol. 1936, S. 331 ff. Zum Problem des Arbeitsverhältnisses nach der heutigen Arbeitsverfassung vergl. im übrigen das bei Siebert in DAR. 1937, S. 14, Anm. 1, zusammenhängend zitierte Schrifttum.

[8]) Vergl. Staudinger, Komm. z. BGB., II. Teil, § 611 V 9; Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. I, S. 172.

[9]) Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. I, S. 172.

Weise als Schlechtleistung darstellen. Die langsame Arbeit und das fehlerhafte Arbeitsergebnis sind wohl die beiden typischen Fälle der Schlechtleistung [10]). Zum Beispiel ein Arbeiter bleibt mit seinem Arbeitstempo hinter dem eines unter gleichen Verhältnissen mit normaler Geschwindigkeit arbeitenden Beschäftigten beachtlich zurück. Oder: Eine Hausangestellte arbeitet so langsam, daß sie mit einem üblichen Arbeitspensum nicht fertig wird. Ein Buchhalter führt die Geschäftsbücher unsauber und unsachgemäß. Ein Schneidergeselle fertigt schlecht passende Anzüge an. Darüber hinaus ist aber auch jede irgendwie schädigende Handlung, die der Beschäftigte in Erfüllung seiner Arbeitspflicht vornimmt, als Schlechtleistung anzusehen [11]). So, die Beschädigung der Arbeitswerkzeuge und Maschinen oder die Verschwendung von Material und dergl. Kurz, eine Schlechtleistung wird immer dann angenommen werden müssen, wenn der Beschäftigte seine übernommene Arbeitspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt und dem Unternehmer dadurch Nachteile entstehen.

Bemerkenswert ist nun, daß im Gegensatz zum Werkvertrag das Gesetz beim Dienstvertrag den Tatbestand der objektiven Schlechtleistung nicht geregelt hat. Man muß daraus entnehmen, daß die Haftung für objektive Schlechtleistung, wie sie für den Werkvertrag vorgesehen ist, für den Dienstvertrag keine Anwendung finden soll. Der Dienstvertrag ist somit — abgesehen vom Verwahrungsvertrag — der einzige entgeltliche Vertrag ohne Gewährleistung. Das ist vor allem wichtig, weil damit dem Unternehmer beim Arbeitsvertrag das Recht zur Minderung versagt ist [12]). Denn § 323 I BGB., der auf die Grundsätze der Minderung beim Kauf verweist, wird man bei der Schlechtleistung nicht anwenden können, da beispielsweise der langsam arbeitende Bauarbeiter seine Arbeitsleistung — wenn auch langsam — erbringt, also ein Fall der Unmöglichkeit nicht vorliegt. Es wäre gekünstelt, wenn man die Langsamkeit als teilweise Nichtleistung auffassen wollte [13]). Also kann die bloße Tatsache, daß der normale Erfolg trotz der aufgewendeten Tätigkeit ausbleibt, den Lohnanspruch nicht beeinflussen. Es sei denn, daß der Lohn selbst in ein Verhältnis zu dem herzustellenden Erfolg gebracht ist, wie beim Akkordvertrage [14]).

---

[10]) Vergl. Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. I, S. 173.

[11]) Hueck-Nipperdey, ebenda.

[12]) Siehe Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. I, S. 176. Eine gesetzliche Ausnahme enthält § 43 Seem. O.

[13]) Vergl. Molitor-Hueck-Riezler, a. a. O., S. 122; Lotmar, Arbeitsvertrag, II, S. 72 f.

[14]) Vergl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. I, S. 173; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 134.

Die verschuldete Schlechtleistung hat nun zwar auch nicht ohne weiteres auf die Lohnforderung Einfluß. Rümelin [15]) hat zwar versucht, das Recht der Mängelhaftung wenigstens insoweit auf den Dienstvertrag anzuwenden, als es sich um verschuldete Mängel der Arbeitsleistung handelt. Aber er hat darin, soviel ich sehe, keine Gefolgschaft gefunden. Es würde dieses auch eine Verquickung von Verschuldensrecht und Gewährleistung bedeuten, die dem Wesen der objektiven Schlechtleistung, wie sie im Gesetz geregelt ist, nicht entspricht. Die verschuldete Schlechtleistung gibt jedoch dem Unternehmer immer Schadensersatzansprüche und gegebenenfalls das Recht zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grunde gemäß § 626 BGB. [16]). Bei der verschuldeten Schlechtleistung besteht daher auch kein Bedürfnis für die Zulässigkeit untertariflicher Entlohnung, da dem Unternehmer eben die sich aus der Verschuldenshaftung ergebenden Rechte zur Verfügung stehen [17]). Der hier interessierende Begriff „Minderleistung" beschränkt sich damit zunächst auf die unverschuldete Schlechtleistung. Zur rechtlichen Definition des Begriffes Minderleistung bedarf es also vorerst einer strengen Scheidung zwischen verschuldeten und unverschuldeten Mängeln der Arbeitsleistung.

Der Beschäftigte haftet für Mängel der Arbeitsleistung im Rahmen des § 276 BGB. [18]). Ein Verschulden liegt demnach vor, wenn dem Beschäftigten Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, d. h. Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

Selbstverständlich muß der Beschäftigte immer für ein gewisses Maß körperlicher und geistiger Fähigkeiten einstehen, wenn er vertragsmäßig eine Leistung übernommen hat, die solche Fähigkeiten voraussetzt [19]). Hier ist der Inhalt des Vertrages maßgebend, für welche Fähigkeiten der Beschäftigte einzustehen hat [20]). Die Regel wird also sein, daß der Beschäftigte für die durchschnittlichen Fähigkeiten in seiner Berufsart einstehen muß, wenn er die

---

[15]) Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 287 f.

[16]) Siehe Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. I, S. 176. Vergl. auch Molitor-Hueck-Riezler, a.a.O., S. 121; Oertmann, ArbeitsvertragsR., S. 135; Warncke, in DAR. 1936, S. 310.

[17]) Vergl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. I, S. 172 f.

[18]) Zur Begründung der Schadensersatzpflicht des Beschäftigten wird auch im Arbeitsrecht allgemein § 276 BGB. angewandt. Vergl. u. a. auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. I, S. 174 nebst Anmerkungen; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 135.

[19]) Vergl. Stoll, a.a.O., S. 32/33 u. 100; Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. I, S. 174; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 135; Molitor-Hueck-Riezler, a. a. O., S. 121.

[20]) So auch Leonhard, a. a. O., S. 65.

Arbeit freiwillig übernimmt[21]). Wer demnach eine Arbeit annimmt, der er nach seinen Fähigkeiten nicht gewachsen ist, haftet aus Verschulden bei Vertragsabschluß[22]). Das Verschulden ist in solchen Fällen nicht in der Ausführung, sondern in der Übernahme der Arbeit zu finden[23]).

Für die Definition der Minderleistung ist indessen nur die Frage des Verschuldens in der Ausführung der Arbeit von Erheblichkeit. Die Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hat für die Ausführung der Arbeit die Bedeutung, daß der Beschäftigte seine Kräfte und Fähigkeiten in dem Maße anstrengen muß, das im Verkehr gerade bei seiner vertraglichen Tätigkeit für erforderlich gehalten wird[24]). Von Bedeutung ist dabei die Frage, ob auf subjektive Momente in der Person des Beschäftigten Rücksicht genommen werden kann[25]). Eine mehrfach vertretene subjektive Auffassung[26]) will bei der Feststellung der aufzuwendenden Sorgfalt bis zu einem gewissen Umfange derartige Momente in der Person des Beschäftigten berücksichtigt wissen. Keinesfalls aber wird sich die Partei darauf berufen können, daß sie nach ihren ethischen und psychischen Kräften nicht in der Lage sei, aufmerksamer zu handeln[27]). Dieses wollen sicher auch nicht die Vertreter der subjektiven Theorie[28]). An die Sorgfalt ist zum mindesten, soweit sie die Anspannung der ethischen und psychischen Kräfte bedeutet, ein abstrakter Maßstab anzulegen[29]). Hierfür spricht schon der Wortlaut des Gesetzes. Während § 276 BGB. von einer „im Verkehr erforderlichen" Sorgfalt ausgeht, wird bei einer Reihe besonderer Fälle die Sorgfalt für maßgebend erklärt, die der Handelnde „in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt"[30]). Ausnahmsweise nimmt also in Einzelfällen das Gesetz auf die Individualität des Handelnden Rücksicht. Das bedeutet, daß außerhalb dieser gesetzlichen Ausnahmen — also auch beim

---

[21]) Leonhard, a. a. O., S. 67.

[22]) Vergl. auch Molitor-Hueck-Riezler, a. a. O., S. 121; Leonhard, a. a. O., S. 51.

[23]) So Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 135; vergl. auch Stoll, a. a. O., S. 32 u. 130.

[24]) Vergl. Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. I, S. 174.

[25]) Vergl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. I, ebenda.

[26]) So: Cosack, Lehrb., Bd. I, 7. Aufl., S. 275, § 111, II 2 a; 8. Aufl., S. 283, § 111, II 2 a; Zitelmann, Allgem. Teil, S. 158; siehe auch die weiterhin bei Leonhard, a. a. O., zusammenhängend zitierten Vertreter der subj. Theorie. Anders: Leonhard, a. a. O., S. 35 f.

[27]) Siehe Leonhard, a. a. O., S. 35 f.

[28]) Vergl. z. B. Cosack, Lehrb., Bd. I, 8. Aufl., S. 283, § 111, II a, wonach auf den „Charakter" keine Rücksicht zu nehmen ist.

[29]) Siehe auch Leonhard, a. a. O., S. 35 f.

[30]) § 690 BGB.

Dienstvertrag — bei der Feststellung der Sorgfalt von den individuellen Gewohnheiten und psychischen Eigenschaften des Handelnden abzusehen ist. Dieser Auffassung stehen auch z. B. die im HGB.[31]) enthaltenen Abweichungen in der Art der Sorgfalt, mit denen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes oder eines ordentlichen Frachtführers verlangt wird, nicht entgegen[32]).

Im Arbeitsrecht würde auch die Berücksichtigung ethischer und psychischer Mängel in der Person des Beschäftigten bei der Feststellung der aufzuwendenden Sorgfalt zu einem unhaltbaren Ergebnis führen. Wer z. B. der Nachlässigkeit oder der phlegmatischen Veranlagung des Beschäftigten Rechnung tragen wollte, müßte sich unter Umständen mit grober Unachtsamkeit bzw. Faulheit einverstanden erklären. Darüber hinaus ist die Berücksichtigung ethischer und psychischer Mängel in der Person des Beschäftigten nicht mit dem Begriff der Ehre der Arbeit in Einklang zu bringen. Die ethische Grundlage der Beziehungen zwischen den Angehörigen der Betriebsgemeinschaft, in der Führer und Gefolgschaft zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat schaffen sollen (§ 1 AOG.), gebietet jedem Beschäftigten, auch dem geistig und körperlich Unfähigen, seine ethischen Kräfte so anzuspannen, daß er ein brauchbares Mitglied der Leistungsgemeinschaft darstellt. Die Berücksichtigung ethischer Schwächen des Einzelnen würde der Faulheit und Minderwertigkeit Vorschub leisten und schlechte Beispiele für die Gefolgschaft schaffen. Der Beschäftigte muß immer dafür einstehen, daß er die ethische Kraft der Willensanspannung zur Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt bei der Verrichtung der Arbeitsleistung besitzt[33]). Psychische und ethische Mängel in der Person des Beschäftigten können daher bei der Feststellung des Verschuldens nicht berücksichtigt werden[34]).

Die Arbeitsleistung kann aber auch bei voller Anspannung der ethischen Willenskraft schlecht ausfallen, weil die physischen Kräfte des Beschäftigten versagen. Zum Beispiel: Das Gehör einer Kontoristin verschlechtert sich im Laufe der Zeit so, daß sie den Fernsprecher nur noch mit Schwierigkeit bedienen und nicht mehr fehlerfrei nach Diktat schreiben kann, während sonst ihre

---

[31]) §§ 347, 429, 497, 511, 603, 653 HGB.

[32]) Vergl. auch Leonhard, a. a. O.

[33]) So wohl auch LAG. Leipzig vom 17. 1. 35 in ArbR. Samml., Bd. 24, S. 39.

[34]) Kleeberg, in Bl. f. Arb. Recht, 1922, Nr. 19 F 7, glaubt den für die Frage der Zulässigkeit untertariflicher Entlohnung bedeutsamen Begriff Minderleistung auch auf solche Schlechtleistungen ausdehnen zu müssen, die in einer psychischen Veranlagung (Phlegma) des Beschäftigten ihre Ursache haben. Allerdings gibt er hierfür keine rechtliche Begründung, sondern leitet seine Auffassung lediglich aus wirtschaftlichen Erwägungen her, mit dem Ziele, das Risiko des Unternehmers einzuschränken.

Arbeitsfähigkeit nicht beeinträchtigt ist. Die Geisteskräfte eines kaufmännischen Angestellten nehmen ab, sodaß seine Buchführung fehlerhaft wird. Oder ein Transportarbeiter erleidet einen Leistenbruch und verliert dadurch die Sicherheit beim Tragen von Gegenständen. Das Eintreten derartiger Störungen in der physischen Konstitution des Beschäftigten schließt eine Haftung für die Schlechtleistung aus, denn der Beschäftigte hat nach der Entstehung des Arbeitsverhältnisses die Fähigkeit zur Erbringung einer ordnungsgemäßen Arbeitsleistung infolge unverschuldeter Ereignisse eingebüßt (§ 275 BGB.) [35]).

Für das Verschulden des Beschäftigten bei Mängeln der Arbeitsleistung ergibt sich somit folgende Feststellung:

1. Psychische Eigenschaften in der Person des Beschäftigten, die einen Mangel an ethischen Kräften darstellen, sind für die Feststellung des Verschuldens unbeachtlich. Der Beschäftigte muß für die auf diese subjektiven Momente zurückzuführende Schlechtleistung gemäß § 276 BGB. einstehen.
2. Physische Mängel in der Konstitution des Beschäftigten können ein Verschulden des Beschäftigten bei der Schlechtleistung ausschließen.

Es ist nun aber nicht jede Schlechtleistung, die ihre Ursache in dem gelegentlichen Versagen der physischen Kräfte des Beschäftigten hat, als Minderleistung anzusehen. Der Sinn des Begriffes „Minderleistung" soll ja gegenüber dem Oberbegriff „Schlechtleistung" auch weiterhin bedeuten, daß es sich um keine schlechte Einzelleistung handelt, die von Fall zu Fall auftreten kann, sondern vielmehr um eine — ich möchte sagen — konstante Schlechtleistung. Die Ursache für derartige konstante unternormale Arbeitsleistungen kann aber nicht ein gelegentliches Auftreten von physischen Schwächen in der Konstitution des Beschäftigten sein. Die Minderleistung als konstante und auch bezüglich ihres Unterwertes von vornherein meßbare Schlechtleistung kann nur durch generelle physische Mängel der Arbeitskraft bedingt sein, die nach der Verkehrsanschauung eine anhaltende erhebliche Verminderung der Leistungsfähigkeit zur unbedingten Folge haben. Bedeutsam ist dabei auch das Kriterium der „Allgemeinheit" des physischen Mangels insofern, als damit alle Schlechtleistungen ausgeschlossen werden, die ihre Ursache in solchen Unfähigkeiten des Beschäftigten finden, die sich als Mängel in der Schulung und Geübtheit der an sich gesunden Arbeitskraft darstellen [36]).

[35]) So auch: Stoll, a. a. O., S. 32/33; Leonhard, Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, S. 56/57; Cosack, Lehrb., Bd. I, 8. Aufl., S. 283, § 111, II a.

[36]) Z. B.: Eine körperlich und geistig gesunde Stenotypistin besitzt nicht die Fingerfertigkeit zur Erbringung einer normalen Arbeitsleistung.

Mit Recht wird daher in Praxis und Wissenschaft im Hinblick auf das Problem der untertariflichen Entlohnung bei Minderleistung des Beschäftigten der Begriff „Minderleistungsfähigkeit" für maßgeblich erklärt, womit eine anhaltende, generelle physische Unfähigkeit zur Leistung normalwertiger Arbeit auf dem zugewiesenen Arbeitsplatz gemeint ist[37]). Zusammenfassend kann also festgestellt werden:

Unter Minderleistung ist diejenige konstante Schlechtleistung zu verstehen, deren Ursache ein genereller physischer Mangel in der Person des Beschäftigten ist[38]).

Bei einer derartigen Minderleistung des Beschäftigten wird der Unternehmer bisweilen einen Schaden oder die Kündigung des Beschäftigten nur durch Herabsetzung des Lohnes abwenden können. Sofern für seinen Betrieb die Arbeitsbedingungen tariflich geregelt sind, ergibt sich dann die Frage nach der Zulässigkeit untertariflicher Entlohnung. Es wird nun zu prüfen sein, ob die Tarifnormen über die Lohnhöhe auch auf Arbeitsverhältnisse mit Minderleistungsfähigen Anwendung finden, ob und in welcher Weise der Reichstreuhänder der Arbeit der Minderleistung des Beschäftigten bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen oder in sonstiger Weise Rechnung tragen kann.

Oder ein körperlich gesunder und sogar kräftiger Werkstudent erzielt als Bergarbeiter ein weit unter der Normalgrenze liegendes Arbeitsergebnis, da er ungeübt ist.

Vergl. auch: LAG. Hannover, Urteil v. 15. 5. 35, in Arb.R.-Kartei, „Tarifordnung", Einzelfragen 4.

[37]) Vergl.: Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 347, Anm. 203 zu § 32; Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 256; Dersch, Komm., S. 189, Anm. 3 zu § 29, und S. 213, Anm. 8 b zu § 32; Warncke in DAR. 1936, S. 309 f.; NS.Soz.Pol. 1937, Nr. 10, S. 233; RAG. in Arb.R.Samml., Bd. 7, S. 184; Bd. 8, S. 79; LAG. in ArbR. Samml., Bd. 24, S. 40; LAG. Hannover, Urteil v. 15. 5. 35 in ArbR.-Kartei, „Tarifordnung", Einzelfragen 4.

[38]) Das Arbeitstempo eines Tiefbauarbeiters ist zufolge teilweiser Lähmung erheblich langsamer als die normale Arbeitsgeschwindigkeit. Ein Transportarbeiter kann wegen eines Leistenbruches nur leichte Gegenstände tragen. Ein schwachsinniger Landarbeiter ist nur imstande, einfachste Hofarbeiten unter ständiger Aufsicht und Anleitung zu verrichten. Wegen eines Nervenleidens kann ein kaufm. Angestellter nur einfache Büroarbeiten und in beschränktem Maße besorgen.

Dagegen liegt keine Minderleistung vor: Bei langsamem Arbeitstempo wegen phlegmatischer Veranlagung oder mangelnder Fingerfertigkeit, bei Untauglichkeit eines Transportarbeiters zum Tragen zerbrechlicher Gegenstände wegen Ungeschicklichkeit. Desgl. bei den Beispielen S. 10, Anm. 36.

B. Die Berücksichtigung der Minderleistung bei der tariflichen Gestaltung der Arbeitsbedingungen.

Die unmittelbare und unabdingbare Einwirkung der Tarifnormen auf das Arbeitsverhältnis hat zur Voraussetzung, daß dieses von dem Geltungsumfang der TO. erfaßt wird. Der tarifliche Geltungsumfang ist nach vier Gesichtspunkten zu betrachten, und zwar nach dem räumlichen, zeitlichen, sachlichen und persönlichen Geltungsbereich. Aus diesen vier Geltungsbereichen ergibt sich der einheitliche Geltungsbereich der TO.; die Zergliederung selbst ist lediglich von denktechnischer Bedeutung [39]). Wenn hier die Frage eine Untersuchung erheischt, ob grundsätzlich auch die Arbeitsverhältnisse mit Minderleistungsfähigen von dem Geltungsumfang der TO. erfaßt werden, so bedarf es nur einer Betrachtung des persönlichen Geltungsbereiches.

Mit dem Fortfall der Tarifparteien gleicht die Geltung der TO. in persönlicher Hinsicht der jedes anderen Rechtssatzes. Das ergibt sich insbesondere aus § 32 I 2 AOG. Danach ergreift die Wirkung der TO. alle Arbeitsverhältnisse, die der in der TO. genannten sachlichen Art entsprechen [40]).

Es kommt also in persönlicher Hinsicht ausschließlich auf die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft an. Der persönliche Geltungsbereich spielt daher heute nach dem Recht des AOG. keine besondere Rolle mehr. Grundsätzlich wird somit auch das Arbeitsverhältnis mit einem Minderleistungsfähigen von der Wirkung der TO. erfaßt. Das bedeutet, daß auch bei Minderleistung des Beschäftigten die Inhaltsnormen über die Lohnhöhe das Arbeitsverhältnis mit der ihnen eigenen unabdingbaren Wirkung beherrschen, es sei denn, daß eine Beschränkung des tariflichen Geltungsbereiches auf Volleistungsfähige, vielleicht auch die Verwendung von Zulassungsnormen in der TO. zulässig ist.

1. Die Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der Tarifordnung auf volleistungsfähige Beschäftigte.

Eine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. auf volleistungsfähige Beschäftigte würde die unmittelbare und unabdingbare Einwirkung der Inhaltsnormen auf das Arbeitsverhältnis ausschließen; es wäre für den ausgeschlossenen Personenkreis der Minderleistungsfähigen überhaupt keine tarifliche

---

[39]) So Richter in JW. 1934, S. 1015.

[40]) Siehe Richter, a. a. O., S. 1014; Mansfeld-Pohl, Komm., S. 370, Anm. 10 f I; Nikisch, a. a. O., S. 58, Anm. 3 c Ziff. 2; Dersch, Komm., S. 211, Anm. 7 a — 7 d zu § 32.

Regelung der Arbeitsbedingungen vorhanden [41]). Wenn demzufolge auch im engeren Sinne nicht von einer untertariflichen Entlohnung gesprochen werden könnte, weil ja eben für Minderleistungsfähige ein Tariflohn nicht besteht, so stellt diese Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. doch im weiteren Sinne eine tarifliche Duldung niederer Löhne bei Minderleistung dar, sodaß die Zulässigkeit einer solchen Berücksichtigung der Minderleistung bei der tariflichen Festsetzung des Arbeitslohnes eine Untersuchung erfordert.

Die Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. auf Volleistungsfähige könnte in verschiedenem Umfange erfolgen. Entweder sollen Minderleistungsfähige schlechthin von der tariflichen Lohngestaltung ausgeschlossen sein, oder aber der Ausschluß von der Tarifgeltung bezieht sich nur auf bestimmte Gruppen von minderleistungsfähigen Beschäftigten.

So müßte ein Ausschluß aller Gruppen von Minderleistungsfähigen von der Geltung der tariflichen Lohnregelung angenommen werden, wenn eine TO. etwa bestimmt „Sämtliche Löhne gelten nur für körperlich und geistig volleistungsfähige Beschäftigte" [42]), „Die Festsetzung der Löhne für minderleistungsfähige Arbeiter erfolgt durch den Betriebsführer nach Anhörung des Vertrauensrates" [43]) oder wenn die TO. in ähnlicher Weise [44]) den Ausschluß der Minderleistungsfähigen von ihrem Geltungsbereich zum Ausdruck bringt. Hier wären sämtliche Gruppen von Minderleistungsfähigen, sei es, daß die physischen Mängel in der Person auf Invalidität, auf hohem Alter, Jugend, unter Umständen auch auf weiblichem Geschlecht beruhen, von der tariflichen Lohnregelung überhaupt ausgeschlossen und die Festsetzung der Vergütung dem Arbeitsvertrag bzw. dem Unternehmer nach Beratung im Vertrauensrat überlassen [45]).

Eine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. bei Minderleistung ist weiterhin in der Richtung denkbar, daß nur einzelne bestimmte Gruppen Minderleistungsfähiger von der Tarifgeltung ausgeschlossen sind. So werden z. B. in der Praxis häufig Frauen und Jugendliche [46]) von der Geltung der Tarifnormen über die Lohnhöhe ausgeschlossen, wenn in gewissen Berufsgruppen bei Beschäftigten weiblichen Geschlechts oder jugend-

---

[41]) Vergl. Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 346, Anm. 203 zu § 32.

[42]) Vergl. Beispiel 2 des Anhanges.

[43]) Vergl. Beispiele 3 u. 4 des Anhanges.

[44]) Vergl. Beispiele 5, 31, 32 des Anhanges.

[45]) Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1.Aufl., Anm. 203 zu § 32. Vergl. auch die dortselbst angeführten Beispiele.

[46]) Vergl. Beispiele 1 u. 33 des Anhanges.

lichen Alters eine Minderleistung unbedingt zu erwarten ist. Ein solcher Ausschluß jugendlicher Beschäftigter von der Tariflohnregelung könnte ausdrücklich in der TO. bestimmt sein, die Einschränkung des persönlichen Geltungsbereiches könnte sich aber auch sinngemäß aus dem Inhalt der TO. ergeben. So etwa, wenn die tarifliche Vergütung erst von einem bestimmten Alter ab für die Beschäftigten geregelt ist[47]).

Ist bei der Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. die Mitwirkung dritter Instanzen bei der Festsetzung des Lohnes für den ausgeschlossenen Personenkreis, wie z. B. die oben erwähnte Anhörung des Vertrauensrates, in der Tarifordnung vorgesehen, so handelt es sich um eine arbeitsvertragliche Bestimmungsklausel[48]). In alten Tarifverträgen ist eine solche Bestimmungsklausel des öfteren mit der Maßgabe enthalten, daß der gesetzlichen Betriebsvertretung oder der Berufsvertretung ein Mitwirkungsrecht bei der Lohnfestsetzung für die von der Geltung der Tarifregelung ausgeschlossenen minderleistungsfähigen Personen eingeräumt ist[49]). Die Mitwirkung dieser Instanzen kann dabei darin bestehen, daß sie vor der Lohnfestsetzung vom Unternehmer anzuhören sind[50]), daß sie ihre Zustimmung zur festgesetzten Lohnhöhe erteilen sollen[51]), oder daß mit ihnen vom Unternehmer der Lohn für den Minderleistungsfähigen zu vereinbaren ist (Betriebsvereinbarung)[52]). Auch kann ein einseitiges, an die Anhörung solcher Instanzen gebundenes Bestimmungsrecht des Unternehmers mit der Bestimmungsklausel gemeint sein[53]).

Sofern früher das Einverständnis zwischen Unternehmer und Betriebsvertretung verlangt wurde, handelte es sich um einen Anwendungsfall der §§ 315—317 BGB. Die Bestimmung des Lohnes sollte hier durch den Unternehmer als einen der Vertragschließenden und die Betriebsvertretung gemeinsam erfolgen. Im Sinne des Gesetzes lag damit eine Überlassung der Bestimmung der Leistung

---

47) So z. B.: TV. für die kaufm. Angest. im Großhandel, der Industrie und den Gewerbebetrieben in Stadt und Kreis Waldenburg/Schlesien v. 30. 1. 33, in dem die tarifliche Vergütung für die Angestellten erst vom 19. Lebensjahre ab festgesetzt ist.

48) Vergl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 104.

49) Siehe Beispiele 39 und 41 bis 44 des Anhanges. Soweit in den folgenden Beispielen die Mitwirkung der früheren Betriebsvertretung bei der Lohnfestsetzung behandelt wird, sei dazu bemerkt, daß im heutigen Tarifrecht ein Mitbestimmungsrecht des Vertrauensrates im Hinblick auf den Führergrundsatz der Ordnung der nationalen Arbeit ausgeschlossen ist. Vergl. hierzu namentlich die Ausführungen auf S. 51/52.

50) Siehe Beispiel 39 des Anhanges.

51) Siehe Beispiele 42 und 43 des Anhanges.

52) Siehe Beispiele 41 und 44 des Anhanges.

53) Vergl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 104 und S. 72.

an einen Dritten nach § 317 BGB. vor. Zur Bestimmung der Leistung bedurfte es dann nach § 317 Absatz II Satz 1 BGB. der Übereinstimmung zwischen Unternehmer und der Betriebvertretung [54]). Kam es zwischen ihnen zu einem gemeinsamen Beschluß, so waren die Gerichte und die Parteien daran gebunden, es sei denn, daß dieser offenbar unbillig war (§ 319 BGB.) [55]).

Darüber hinaus hat aber hier bei der Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der Tarifregelung die Mitwirkung irgendwelcher Instanzen nicht etwa rechtsbegründenden Charakter für die Abweichung vom Tariflohn. Auch bei Nichtbeachtung der Bestimmungsklausel kommen nicht die tariflichen Lohnsätze bei den Arbeitsverhältnissen mit den vom Geltungsbereich der Tarifregelung ausgeschlossenen Beschäftigten zur Anwendung. Die Bestimmung der Vergütung erfolgt nach wie vor entweder im Wege freier Vereinbarung oder durch einseitige Festsetzung des Unternehmers. Lediglich, wenn die Anhörung einer dritten Instanz vorgesehen ist, muß angenommen werden, daß die Beachtung dieser Bestimmung für das tariflich vorgesehene Recht des Unternehmers zur einseitigen Lohnfestsetzung rechtsbegründenden Charakter hat [56]). Wenn in den Ausführungen der Monatshefte für NS-Sozial-Politik [57]) namentlich der tariflich vorgesehenen Beratung im Vertrauensrat oder der Anzeige beim Reichstreuhänder der Arbeit rechtsbegründender Charakter für die Abweichung vom Tariflohn beigemessen wird, so kann dieses nur bei der Minderleistungsklausel in deren Eigenschaft als Zulassungsnorm gemeint sein [58]). Hier bei der Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der Tarifordnung hat die Bestimmung der Beratung im Vertrauensrat oder der Anzeige beim Reichstreuhänder der Arbeit nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift [59]), deren Nichtbeachtung allerdings unter Umständen eine Bestrafung des Unternehmers gemäß § 22 AOG. zur

[54]) Vergl. Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 105.

[55]) Vergl. Hueck-Nipperdey, ebenda.

[56]) Vergl. Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 104 u. S. 72.

[57]) NS.Soz.Pol. 1937 Nr. 10, S. 233. Demgegenüber wird in DAK. 1937 Nr. 105 bei Vertretung der gleichen Ansicht eindeutig von Minderleistungsklauseln als „Kannvorschrift", also Zulassungsnormen, ausgegangen.

[58]) Vergl. die Ausführungen auf S. 24 und 25, 30 und 31.

[59]) Anders Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 346/47, Anm. 203 zu § 32. Allerdings wird dort der Charakter der Minderleistungsbestimmung als Zulassungsnorm verkannt. Es handelt sich bei den im Kommentar zur Frage stehenden Fällen nicht um eine bedingte Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der Tariflohnregelung, sondern um Ausnahmen von der Unabdingbarkeit der Tarifnormen unter den in der Klausel bestimmten rechtsbegründenden Voraussetzungen. Vergl. hierzu Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 256, Anm. 14, sowie die Ausführungen auf S. 29 und 30.

Folge haben kann, wenn bereits ein Wiederholungsfall der Zuwiderhandlung gegen allgemeine schriftliche Anordnungen des Reichstreuhänders der Arbeit vorläge.

Die herrschende Lehre [60]) hält eine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der Tariflohnregelung auf volleistungsfähige Beschäftigte in den oben dargestellten Formen für zulässig. In der Praxis läßt sich feststellen, daß die Reichstreuhänder der Arbeit von einer derartigen Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. im Verhältnis zu der Verwendung von Zulassungsnormen (Minderleistungsklauseln) recht wenig Gebrauch gemacht haben [61]). Es bestehen denn auch bedeutsame rechtliche und rechtspolitische Bedenken gegen eine Berücksichtigung der Minderleistung bei der Festsetzung des Geltungsbereiches der TO.

Rechtliche Bedenken ergeben sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, vor allem aber aus dem Wesen der Tarifordnung. Nach § 32 II Satz 2 AOG. sind die Bestimmungen der TO. für die von ihr erfaßten Arbeitsverhältnisse als Mindestbedingungen rechtsverbindlich. Soweit die Voraussetzungen für den räumlichen, zeitlichen und sachlichen Geltungsbereich erfüllt sind, muß in jedem Falle die Zugehörigkeit zum tarifgebundenen Betriebe als alleinige Voraussetzung in persönlicher Hinsicht genügen. Da der Gesetzgeber die Beschäftigten einer Gruppe von Betrieben im Falle des Erlasses einer TO. für schutzbedürftig ansieht (§ 32 AOG.), so müssen alle Beschäftigten, auch — und vielleicht gerade — die Minderleistungsfähigen des Schutzes der tariflichen Gestaltung der Arbeitsbedingungen teilhaftig werden. Es wäre unverständlich, wenn Körperbehinderte oder gar Geistesschwache von der Geltung der tariflichen Arbeitsbedingungen ausgeschlossen würden. Sicherlich steht der Starke und Gesunde im Vordergrund des volkspolitischen Interesses, dennoch darf die Gemeinschaft den Schwachen nicht achtlos beiseite schieben und ihn durch einen Ausschluß von der allgemeinen Gestaltung der Arbeitsbedingungen für eine Betriebsgemeinschaft seine unverschuldeten physischen Mängel besonders empfinden lassen. Die Pflicht der Gemeinschaft, auch den Schwachen zum mindesten in gleicher Weise zu schützen wie den Starken, muß aber vornehmlich gegenüber

---

[60]) Vergl. Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 335, Anm. 160, und S. 346, Anm. 203 zu § 32; derselbe neuerdings in Komm., 2. Aufl., S. 400, Anm. 160 zu § 32; wohl auch Mansfeld-Pohl, Komm., Anm. 10 f zu § 32.

[61]) Die in den Amtl. Mitt. f. d. Wirtschaftsgebiet Schlesien bisher v. Reichstreuhänder der Arbeit veröffentlichten Bezirkstarifordnungen enthalten noch nicht einmal zu 5 v. H. eine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der Tariflohnregelung auf Volleistungsfähige.

denjenigen betont werden, die im Kampf für die Gemeinschaft ihrer vollen Arbeitskraft verlustig gegangen sind, sei es, daß sie im Kriege oder als „Soldaten der Arbeit“ [62]) für die Gemeinschaft gekämpft und ihre Gesundheit eingebüßt haben. Die einzige Voraussetzung für den Erlaß einer TO. ist der Schutz der Beschäftigten, und zwar muß dieser Schutz zwingend geboten sein, d. h. eine unsoziale Ausnutzung des Führerrechtes zur Festsetzung der Arbeitsbedingungen muß bereits geschehen sein oder aber unmittelbar drohen. Dann aber steht zu befürchten, daß die von der Geltung der TO. ausgeschlossenen minderleistungsfähigen Beschäftigten weiterhin unsozialer Behandlung schutzlos ausgesetzt sind, wenn die Inhaltsnormen der TO. nicht auch ihre Arbeitsverhältnisse mit unmittelbarer Wirkung beherrschen. Nach dem Wortlaut des § 32 AOG., besonders aber nach Sinn und Zweck der TO. ist ein Ausschluß Minderleistungsfähiger von der Geltung der Tariflohnregelung nicht statthaft [63]).

Eine Beschränkung der Tariflohnregelung auf die Arbeitsverhältnisse mit Volleistungsfähigen wäre im übrigen auch nicht zweckmäßig. Gerade dadurch, daß auch die Arbeitsverhältnisse mit Minderleistungsfähigen grundsätzlich von der allgemeinen Tariflohnregelung betroffen sind, wird der Unternehmer dazu angespornt werden, die Arbeitskraft Minderleistungsfähiger so im Betriebe einzusetzen, daß auch von diesen Beschäftigten vollwertige produktive Arbeitsleistungen erbracht werden können. Daß solche Möglichkeiten, vornehmlich in Großbetrieben, vorhanden sind, läßt die Praxis erkennen [64]). So fordern auch die Reichstreuhänder der Arbeit in Aufrufen und Anordnungen [65]) den richtigen Einsatz von minderleistungsfähigen Arbeitskräften zur Vermeidung von Nachteilen für den Unternehmer, die sich andernfalls aus der zwingenden Wirkung der Tarifnormen über die Lohnhöhe ergeben können. Auch aus sozialpolitischen Erwägungen ist daher eine tarifliche Erfassung der Arbeitsverhältnisse mit Minderleistungsfähigen von der Tariflohnregelung geboten.

---

[62]) Ley in „Tatsachen“ S. 28.

[63]) So wohl auch Dersch, Komm., S. 211, Anm. 7 a zu § 32; vergl. auch Herschel in Arb.R. u. Volkst. 1934, Sp. 64.

[64]) So ist neben zahlreichen anderen, dem Verfasser bekannten Fällen in einem bei einer Rechtsberatungsstelle der DAF anhängigen Rechtsstreit die Minderentlohnung eines handverletzten Schlossers dadurch vermieden worden, daß er mit einem volleistungsfähigen Schlosser im Werkzeuglager ausgetauscht wurde. Auch kann etwa ein Armverletzter als Portier, ein Halbblinder am Fernsprecher, eine Epileptikerin statt an der Schreibmaschine in der Bücherei beschäftigt werden.

[65]) Siehe u. a. Reichstreuhänder d. A. f. d. Wirtschaftsgeb. Schlesien in Arb.R.-Kartei, Tagesfragen 251 c.

Gleiche Bedenken bestehen gegen einen Ausschluß einzelner Gruppen minderleistungsfähiger Beschäftigter von der Geltung der Tariflohnregelung. Sind Jugendliche oder Beschäftigte weiblichen Geschlechts auf Grund dieser persönlichen Eigenschaften generell unfähig, nach der Struktur der Arbeit gleichwertige Leistungen wie ein erwachsenes bzw. männliches Gefolgschaftsmitglied zu erbringen, und ist die Beschäftigung solcher Personen auf den fraglichen Arbeitsplätzen bei der tariflichen Gestaltung der Arbeitsbedingungen mit in Betracht gezogen worden, so ergibt sich daraus allenfalls die Notwendigkeit der Schaffung besonderer Lohngruppen. Sei es, daß der Lohn für diese Beschäftigten ziffernmäßig niedriger als bei Volleistungsfähigen festgesetzt wird, sei es, daß die Entlohnung dieser Personen in Form eines feststehenden rechnerischen Verhältnisses zu den allgemeinen Lohngruppen geregelt wird.

Dersch [66]) hält darüber hinaus eine besondere Lohngruppenaufstellung für alle Arten von Minderleistungsfähigen in der Form für empfehlenswert, daß auch bei Erwerbsbeschränkten, wie Invaliden, Unfallverletzten und Kriegsbeschädigten, eine je nach dem Prozentsatz der Erwerbsbeeinträchtigung niedere Eingruppierung erfolgt. Eine derartige Schaffung von Sonderlohngruppen mag wohl rechtlich zulässig sein, sie erscheint aber nicht zweckmäßig. Zwar stellen nach heutigem Recht die tariflichen Arbeitsbedingungen grundsätzlich nicht Höchstsätze [67]) dar, die eine Überschreitung verbieten. Das ergibt sich aus § 32 II in Verbindung mit § 29 AOG. [68]). Dennoch lehrt die Praxis, daß meistens gegenüber schutzbedürftigen Betrieben aus rein psychologischen Gründen die Vermutung einer tatsächlichen Behandlung der tariflichen Vergütung als Spitzenlohn am Platze ist. Es bestehen demnach gegen eine allgemeine tarifliche Sonderregelung der Löhne für Minderleistungsfähige insofern Bedenken, als der Unternehmer schematisch diese niederen Löhne auf alle Arbeitsverhältnisse mit Minderleistungsfähigen zur Anwendung bringen wird, ohne den ernsthaften Versuch zu machen, die Arbeitskraft des Minderleistungsfähigen an einem Platz einzusetzen, an dem diese trotz der

---

[66]) Dersch, Komm., S. 213, Anm. 8 b zu § 32.

[67]) Die inzwischen erlassene VO. über die Lohngestaltung vom 25. 6. 38 gestattet zwar neuerdings auch im Zusammenhang mit der Reichsverteidigung und der Durchführung des Vierjahresplanes die Festsetzung von Höchstsätzen. Das Ziel dieser VO. geht jedoch dahin, nur in Sonderfällen die Zahlung unberechtigter Konjunkturlöhne und die gegenseitige Ausspannung von Arbeitskräften in solchen Gewerbezweigen zu verhindern, die unter Facharbeitermangel leiden (z. B. Baugewerbe, Metallindustrie).

[68]) Vergl. auch Dersch, Komm., S. 213, Anm. 8 b zu § 32; Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 343, Anm. 191 zu § 32.

physischen Mängel nicht eine Minderleistung, sondern eine vollwertige Arbeitsleistung auslösen kann.

Man kommt also zu dem Ergebnis, daß die allgemeinen Tariflohnsätze grundsätzlich auch auf die Arbeitsverhältnisse mit Minderleistungsfähigen Anwendung finden müssen [69]).

2. Die Zulassungsnormen.

Da der Geltungsbereich der Tariflohnregelung sich auch auf die Arbeitsverhältnisse mit Minderleistungsfähigen erstreckt, steht einer untertariflichen Lohnfestsetzung die unabdingbare Wirkung der Inhaltsnormen entgegen. Die mit zwingender Wirkung ausgestatteten Tarifnormen über die Lohnhöhe würden automatisch das Arbeitsverhältnis beherrschen und ungünstigere Abreden verdrängen.

Nach früherem Tarifrecht konnten im Tarifvertrage selbst Abweichungen von der tariflichen Regelung zugelassen werden (§ 1 I 2 TVO.). Diese Abweichungen bezeichnete man in der Tarifrechtsliteratur als Ausnahmen von der Unabdingbarkeit [70]). Jacobi [71]) wollte diesen Begriff nicht gelten lassen. Er behauptete, daß bei einer tarifvertragsmäßigen Zulassung von Abweichungen im Arbeitsvertrag die Tarifbedingungen überhaupt nicht zur Anwendung kämen. Er wollte also in diesem Falle einen Ausschluß der unmittelbaren und unabdingbaren Wirkung für die Tarifnormen annehmen, was der oben besprochenen Beschränkung des Geltungsbereiches der TO. gleichkäme. Für die Beurteilung des Inhalts der Arbeitsbedingungen gäbe das Gesetz eine Auslegungsregel, daß die Tarifbedingungen, wenn die Arbeitsvertragsparteien nichts Abweichendes vereinbarten, Mindestbedingungen wären. Es handele sich hier um einen Vorbehalt zugunsten der individuellen Vertragsfreiheit [72]). Dazu ist aber zu bemerken, daß die Tarifnormen, selbst wenn sie abdingbar sind, das Arbeitsverhältnis wegen der ihnen eigenen Unmittelbarkeitswirkung beherrschen, und zwar so lange, bis eine abweichende Regelung getroffen wird. Die unmittelbare Wirkung tritt in jedem Falle ein [73]). Der Wirkungsbereich der tariflichen Regelung ist also nicht im ganzen eingeengt. Die tarifliche Zulassung von abweichenden Ver-

---

[69]) Vergl. auch die Bekantmachung des Reichstreuhänders der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Schlesien v. 12. 5. 36 in Amtl. Mitt. 1936, Nr. 15, S. 168.

[70]) Siehe auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 251, Anm. 16, und S. 253, Anm. 2; Hueck, Tarifrecht, S. 60.

[71]) Jacobi, a. a. O., S. 225.

[72]) Jacobi, a. a. O., S. 232.

[73]) Hueck, Tarifvertrag, S. 124; Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 253.

einbarungen stellt keine Beschränkung des tariflichen Geltungsbereiches, sondern eine Ausnahme von der Unabdingbarkeit der Inhaltsnormen dar, sie verleiht unter den tariflichen Voraussetzungen der betreffenden Inhaltsnorm dispositiven Charakter [74]). Die unmittelbare Einwirkung bleibt unberührt. Sonst würde die betreffende Bestimmung den Charakter dispositiven Rechts verlieren und zu einer Richtlinie werden.

Wie erwähnt, enthielt das frühere Tarifrecht ausdrücklich solche Ausnahmen von der Unabdingbarkeit, wenn die Abweichung „grundsätzlich im Tarifvertrag zugelassen war" (§ 1 I 2 TVO.). Wurde also etwas Abweichendes vereinbart, so galt diese abweichende Bestimmung, soweit sie durch Zulassung gedeckt war. Hueck [75]) bezeichnete diese Gesetzesstelle als selbstverständlich, denn das Gesetz habe den Tarifparteien die Möglichkeit zur Schaffung der Unabdingbarkeit gegeben, sie müßten daher auch die Befugnis haben, sie in gewissen Beziehungen zu beschränken. Diese zulässigen Ausnahmen von der Unabdingbarkeit der Tarifnormen hatten besonders für die Abweichung vom Tariflohn bei Minderleistung Bedeutung und fanden speziell als sogenannte Minderleistungsklauseln oder aber auch als ganz allgemein gehaltene Zulassungsnormen Verwendung. Auch die heutigen Tarifordnungen enthalten Zulassungsnormen verschiedenster Art, sodaß nunmehr zu prüfen ist, ob nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit derartige Zulassungsnormen in die TO. aufgenommen werden dürfen.

a) Die allgemeine Zulassungsnorm.

Eine allgemein gehaltene Zulassungsbestimmung, die etwa „in ganz besonderen Ausnahmefällen" [76]) oder „bei besonderen Umständen" [77]) Abweichungen von der tariflichen Lohnregelung zuläßt, war nach dem Tarifvertragsrecht rechtswirksam. Die Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23. 12. 1918 (TVO.) bestimmte in § 1 Abs. I Satz 2 ausdrücklich: „Abweichende Vereinbarungen sind wirksam, soweit sie im Tarifvertrag grundsätzlich zugelassen sind." Dem Wort „grundsätzlich" war der Sinn beizulegen, daß eine generelle Klausel für genügend und damit für zulässig erachtet wurde [78]). Dennoch sind auch in der früheren

---

[74]) Vergl. Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 253; dazu heute: Mansfeld-Pohl, S. 377, Anm. 11 d zu § 32.

[75]) Tarifvertrag S. 123.

[76]) Vergl. Beispiel 38 des Anhanges.

[77]) Vergl. Beispiel 37 des Anhanges.

[78]) Vergl. Hueck, Tarifvertrag, S. 123, Anm. 5; Leopold, a. a. O., S. 29.

Tarifrechtsliteratur gegen eine derart allgemeine Zulassung abweichender Vereinbarungen Bedenken erhoben worden [79]). Es war auch im Tarifvertragsrecht ein allerdings durch den Kampf der Berufsverbände stark zurückgedrängter Hauptgrundsatz, daß der Tarifvertrag Mindestbedingungen zum Schutze der Beschäftigten enthalten sollte [80]). Wenn Hueck [81]) auch grundsätzlich in seiner Rechtsauffassung beizupflichten war, daß den Tarifparteien das Recht gelassen werden müsse, den Tarifnormen dispositiven Charakter beizulegen, so würde bei einer ganz allgemein gehaltenen Zulassungsnorm die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen völlig ihre Bedeutung verloren haben, da einer untertariflichen Entlohnung damit Tür und Tor geöffnet gewesen wäre. Nipperdey spricht deshalb auch von einer „theoretischen" Möglichkeit, dem gesamten Tarifvertrag dispositiven Rechtscharakter beizulegen [82]).

Wenn bisher auch in der Praxis des neuen Rechts derart generelle Zulassungsnormen keine Verwendung gefunden haben, so soll die Frage ihrer Zulässigkeit nach dem Recht des AOG. dennoch im Folgenden behandelt werden.

Gesetzlich sind Zulassungsnormen, wie man diese Gestattung von Ausnahmen nennen kann, für die Tarifordnung nicht vorgesehen. Im heutigen Recht enthält die TO. nach Maßgabe des § 32 II AOG. nur Arbeitsbedingungen [83]). Dieses ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes eindeutig. Nipperdey [84]) behauptet, daß die Zulassungsbestimmung ihrem Wesen nach allgemeine Arbeitsnorm sei. Wenn dieses richtig wäre, so hätte das AOG. folgerichtig die Bestimmung des § 1 I 2 TVO. nicht mehr aufzunehmen brauchen, denn als Arbeitsnorm bedarf die Zulassungsbestimmung keiner besonderen gesetzlichen Regelung. Die Zulassungsnorm würde also unmittelbar auf die der TO. unterfallenden Arbeitsverhältnisse einwirken. Nach Nipperdey bildet sie mit der anderen Arbeitsnorm, von der sie Abweichungen zuläßt, eine Einheit, die unmittelbar das Arbeitsverhältnis beherrscht. Jacobi [85]) faßte die Zulassungsbestimmungen als eine Sondergruppe von Tarifbestimmungen über die Rechtswirkung des Tarifvertrages auf. Er meinte,

---

[79]) Vergl. z. B. Hueck, Tarifvertrag, S. 124 f.

[80]) Vergl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 258; Riezler, a. a. O., S. 251; auch Lotmar, a. a. O., S. 213.

[81]) Tarifvertrag, S. 123.

[82]) Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 253.

[83]) Vergl. u. a. auch Mansfeld-Pohl, Komm., S. 364, Anm. 10 zu § 32.

[84]) Vergl. Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 79 u. S. 253, Anm. 2; Nipperdey, Beiträge, S. 4; Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 318, Anm. 100 zu § 32; ebenso auch Sitzler, Gew.K.Ger., Bd. 24, S. 95.

[85]) Jacobi, a. a. O., S. 211.

daß hier nichts über die Pflichten des Unternehmers oder des Beschäftigten im Arbeitsverhältnis bestimmt würde, sondern es würde nur etwas über die Rechtswirkung der festgelegten allgemeinen Arbeitsbedingungen vereinbart. Demnach stelle die Zulassungsbestimmung keine Arbeitsnorm dar.

Die Behauptung Jacobi's, es würde mit der Zulassungsnorm keine Bestimmung über die Pflichten der Parteien des Arbeitsvertrages getroffen, ist jedoch unzutreffend. Wie Jacobi selbst auf Seite 186 zugibt, steht jeder Pflicht ein Recht gegenüber. Es darf also nicht einseitig auf „Pflichten" abgestellt werden, sondern auf Rechte und Pflichten. Dann zeigt sich aber, daß die Zulassungsnorm allgemeine Arbeitsnorm ist, denn durch sie werden Rechte begründet. Durch diese Norm wird der einen Partei oder beiden Parteien das Recht zugesprochen, die betreffenden tariflichen Bestimmungen entweder schlechthin oder unter gewissen Voraussetzungen abzudingen. Zum Beispiel sollen die Parteien im Falle der Minderleistung des Beschäftigten auf Grund der Zulassung einen niedrigeren als den tariflich festgesetzten Lohn vereinbaren können. Deshalb liegt eine Arbeitsnorm vor, die unmittelbar und unabdingbar das Arbeitsverhältnis beherrscht [86]).

Die Feststellung, daß die Zulassungsbestimmung eine Arbeitsnorm ist, gestattet aber nicht ohne weiteres die Annahme der Zulässigkeit ihrer Verwendung in der heutigen Tarifordnung. Zwar bedürfte sie als Arbeitsnorm mit Rücksicht auf § 32 II AOG. an sich keiner besonderen Regelung, es bleibt aber die ausschlaggebende Frage offen, ob die Verwendung dispositiver Rechtsnormen dem Wesen und Ziel der TO. gerecht wird.

Mansfeld [87]) vertritt die Auffassung, daß der Reichstreuhänder der Arbeit selbst den Tarifnormen grundsätzlich auch dispositiven Charakter beilegen könne, sodaß die tariflichen Bestimmungen nur Anwendung finden würden, wenn die Beteiligten in dem Einzelarbeitsvertrag — wenn auch nur stillschweigend — eine abweichende, selbst ungünstigere Regelung nicht getroffen haben. Er begründet seine Ansicht damit, daß, wenn der Reichstreuhänder zwingende Vorschriften erlassen könnte, ihm auch das mindere Recht zustehen müßte, dispositive Normen zu erlassen. Nach Mansfeld ist also auch die Verwendung ganz allgemein gehaltener Zulassungsnormen in der TO. zulässig. Die Argumentation von Mansfeld läßt aber eine Berücksichtigung des eigentlichen Zweckes der Tarifordnung, der vom Gesetzgeber in § 32 II AOG. genau festgelegt ist, vermissen und kann daher nicht überzeugen.

---

[86]) Siehe auch RAG. in ArbR. Samml., Bd. 6, S. 182 f.
[87]) Mansfeld-Pohl, Komm., S. 377, Anm. A 11 d zu § 32.

Bei einer allgemeinen Zulassungsnorm würden die Inhaltsnormen der TO. ihre unabdingbare Wirkung gänzlich verlieren, die Normen hätten nur noch den Charakter ergänzend-dispositiver Rechtssätze. Auch „besondere Verhältnisse", „ganz besondere Ausnahmefälle" und dergleichen Umstände, die nach Maßgabe des Tatbestandes der Zulassungsnorm eine Abweichung von der tariflichen Regelung rechtfertigen sollen, könnten in den Beziehungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien in mannigfaltigster Form berücksichtigt werden. Selbst einer richterlichen Nachprüfung der Begründetheit werden solche Umstände im Hinblick auf die Allgemeinheit der Zulassungsnorm in einem Ausmaße standhalten, daß die Tarifordnung nahezu den Charakter eines dispositiven Rechtssatzes hat. Namentlich bei schlechten Arbeitsleistungen des Beschäftigten würde die Grenze zwischen verschuldeter Schlechtleistung und dem oben klar herausgestellten Begriff der unverschuldeten Minderleistung verwischt werden. Man könnte nämlich einer solchen Klausel auch die weitere Bedeutung beimessen, daß selbst unter ganz anderen Voraussetzungen als derjenigen der Minderleistung, beispielsweise auch bei verschuldeten minderwertigen Leistungen, Abweichungen vom Tariflohn zulässig sein sollen [88]).

Mit dispositiven Normen kann aber die TO. nicht mehr, wie es ihre Aufgabe ist, den Schutz des Beschäftigten vor Ausbeutungsgefahr garantieren. Der Unternehmer kann ungehemmt seine wirtschaftliche Machtstellung ausnutzen, um den Beschäftigten zur Vereinbarung ungünstigerer Arbeitsbedingungen als derjenigen in der TO. zu veranlassen. Der Schutz, den die TO. gerade vor diesem Einfluß des wirtschaftlich überlegenen Unternehmers den Beschäftigten verleihen soll, wird nicht gewährt, Der Reichstreuhänder soll indessen die Tarifordnung gerade dann — und nur dann — erlassen, wenn der Schutz der Beschäftigten zwingend geboten ist und alle anderen Mittel zur Erziehung des Unternehmers versagt haben. Der Erlaß einer TO. ist also nur bei drohender Gefahr des unsozialen Mißbrauchs der Führermacht erforderlich. In solchen Fällen, in denen das zwangsweise Eingreifen des Reichstreuhänders der Arbeit dringend geboten war, ist es naturgemäß gerade zu erwarten, daß die Tarifnormen, wenn sie nachgiebigen Rechts oder sonst in weitgehendem Maße abdingbar sind, wieder abbedungen werden. Entweder war also das Eingreifen gar nicht dringend geboten, dann durfte keine TO. erlassen werden, oder es war der Fall, dann erfüllen nur unabdingbare Normen den Zweck der TO. Ein Mittelding ist nach heutigem Recht sinnlos. Eine allgemein gehaltene Zulassungsnorm ist, ob-

[88]) Siehe Leopold, a. a. O., S. 29.

wohl sie eine Arbeitsnorm im Sinne des § 32 II AOG. darstellt, mit dem Charakter der TO. unvereinbar [89]).

Die Zulassungsnorm in ihrer allgemein gehaltenen Form steht auch im Widerspruch zu der anerkannten Nebenfolge der TO., der Kartellwirkung [90]). Wenn die Unternehmer nicht unbedingt an die Tariflohnsätze gebunden sind, so besteht auch innerhalb einer Gruppe artgleicher Betriebe, die von der TO. erfaßt sind, die Gefahr, daß der einzelne Unternehmer die Freiheit zum unlauteren Wettbewerb durch billige Preise auf Kosten seiner Beschäftigten und zum Schaden seiner Mitbewerber ausnutzt. Bei den Beschäftigten würde zudem eine ungerechtfertigte Ungleichheit der Arbeitsbedingungen Unzufriedenheit und Unruhe auslösen. Da aber die TO. als Rechtsverordnung im öffentlichen Intresse gerade der Erhaltung des Arbeitsfriedens dienen soll, würde die Verwendung dispositiver Normen auch diesem öffentlichen Zweck widersprechen.

Der Reichstreuhänder der Arbeit würde demnach mit der Verwendung allgemein gehaltener Zulassungsnormen die ihm vom Gesetz delegierten Befugnisse überschreiten, denn der Erlaß dispositiver Tarifnormen könnte nicht der Erfüllung seiner Aufgaben dienen [91]).

b) Die Minderleistungsklausel.

Häufiger als die besprochenen allgemein gehaltenen Zulassungsnormen sind in Tarifordnungen und Tarifverträgen Bestimmungen enthalten, die bei Minderleistungsfähigkeit des Beschäftigten Abweichungen vom Tariflohn zulassen. Für diese besondere Art von Zulassungsnormen ist in Wissenschaft und Praxis die Bezeichnung „Minderleistungsklauseln" gebräuchlich.

Bevor wir uns mit der Erörterung dieser Art von Zulassungsbestimmungen befassen, sei nochmals die rechtliche Unterscheidung dieser Normen von der Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der Tariflohnregelung auf Volleistungsfähige klar herausgestellt [92]). Im Falle der Berücksichtigung der Minderleistung durch Beschränkung des Geltungsumfanges der TO. sollen die tariflichen Lohnbestimmungen überhaupt keine Anwendung

---

[89]) Vergl. auch Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 346, Anm. 202 zu § 32; Bodmann in Arb.R. u. Volkst. 1934, Sp. 383 f.; Richter in JW. 1934, S. 1016, Dersch; Komm., S. 213.

[90]) Vergl. Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 310, Anm. 61 zu § 32.

[91]) Hueck-Nipperdey-Dietz, Kommentar, 1. Auflage, S. 346, Anm. 202 zu § 32.

[92]) Vergl. hierzu auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 256, Anm. 14.

auf die Arbeitsverhältnisse mit Minderleistungsfähigen finden, während die Minderleistungsklausel in ihrer Eigenschaft als Zulassungsnorm unter den tatbestandsmäßigen Voraussetzungen nur die unabdingbare Wirkung der fraglichen Inhaltsnormen ausschließt, ihnen mit anderen Worten dispositiven Rechtscharakter verleiht. Wenn die TO. etwa bestimmt: „Sämtliche Löhne gelten nur für körperlich und geistig volleistungsfähige Beschäftigte“ [93]), so handelt es sich zweifelsfrei um eine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches. In Tarifordnungen und Tarifverträgen ist dieses aber nicht immer in unmißverständlicher Form zum Ausdruck gebracht. So wird beispielsweise gesagt, daß bei Minderleistungsfähigkeit die Festsetzung des Lohnes im Wege freier Vereinbarung e r f o l g t [94]) (= zu erfolgen hat), während andererseits bestimmt wird, daß von der tariflichen Regelung bei Minderleistungsfähigkeit des Beschäftigten abgewichen werden k a n n [95]). Es ist die Auffassung vertreten worden, daß es sich in beiden Fällen um Zulassungsnormen handelt, allerdings mit verschiedenen Arten von jeweils zu treffenden Vereinbarungen, etwa nach dem Unterschiede zwischen Muß- und Kannvorschrift [96]). Diese Auslegung des tariflichen Wortlautes ist jedoch unrichtig. Vielmehr stellen die Bestimmungen, die eine gesonderte Lohnfestsetzung für Minderleistungsfähige in jedem Falle vorsehen und nicht nur nach dem äußerlichen Vorbild einer Kannvorschrift in das Ermessen der Parteien stellen, nicht eine Zulassungsnorm, sondern eine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der Tarifregelung dar [97]). Das heißt, die Tarifnormen über die Lohnhöhe gelten für Minderleistungsfähige nicht als dispositive Rechtssätze; es besteht für diese Beschäftigten überhaupt keine tarifliche Lohnregelung. Nur diejenigen Minderleistungsbestimmungen der TO., die von der tariflichen Regelung abweichende Lohnfestsetzungen in der Form gestatten, daß eine abweichende Bemessung des Lohnes erfolgen k a n n [98]), oder die in anderer Weise sinngemäß die Abweichung von der Tariflohnregelung in das Ermessen der Parteien stellen [99]),

[93]) Siehe Beispiel 2 des Anhanges; vergl. auch Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 346, Anm. 202 zu § 32, und die dort für die Beschränkung des Geltungsbereichs der TO. angeführten Beispiele.

[94]) Siehe Beispiele 1 und 5 des Anhanges; vergl. auch Hueck-Nipperdey-Dietz, a. a. O.

[95]) Vergl. Beispiele 6, 7, 8 des Anhanges.

[96]) So: Leopold, a. a. O., S. 30.

[97]) Vergl. auch Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 346, Anm. 203 zu § 32, und die dort für eine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches aufgeführten Beispiele.

[98]) Vergl. auch Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 346/47, Anm. 203 zu § 32; Mansfeld-Pohl, Komm., S. 366, Anm. 10 a zu § 32, und S. 377 f; vergl. auch Warncke in DAR 1936, S. 309.

[99]) Vergl. Beispiel 35 des Anhanges.

sind als Zulassungsnormen besonderer Art zu behandeln. Hier besteht auch für Minderleistungsfähige, eine — wenn auch dispositive — Tariflohnregelung.

aa) Der Aufbau bisher verwandter Minderleistungsklauseln.

Die herrschende Meinung[100]) hält solche Minderleistungsklauseln in engerer oder weiterer Form nach dem Recht des AOG. für zulässig. Man gewinnt jedoch den Eindruck, daß dieses Ergebnis im heutigen Recht weniger von einer rechtlichen Begründung als vielmehr von rechtspolitischen Erwägungen getragen wird, die einem Übergangsstadium vom alten zum neuen Tarifrecht sowie zeitweiligen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen Rechnung tragen sollen. Vor der Erörterung dieser für das Thema mit bedeutsamsten Frage sollen zunächst die in mannigfaltigster Form verwandten Minderleistungsklauseln in Tarifordnungen und alten Tarifverträgen hinsichtlich ihres Aufbaues einer Betrachtung unterzogen werden[101]). Man beobachtet im alten wie im neuen Tarifrecht den Aufbau der Minderleistungsklausel nach drei Hauptrichtungen[102]):

A. hinsichtlich des Grundes der Zulässigkeit abweichender Lohnfestsetzungen;
B. hinsichtlich der Art der vorzunehmenden Lohnfestsetzung;
C. hinsichtlich der zur Mitwirkung eingesetzten Instanzen.

Zu A. Besonders vielgestaltig sind die Gründe, die im einzelnen als Voraussetzungen für die Zulässigkeit untertariflicher Lohnbemessung aufgezählt werden[103]):

I. Die Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit des Beschäftigten[104]); darüber hinaus insbesondere Tatsachen und Eigenschaften in der Person des Beschäftigten, die ein Kriterium verminderter Leistungsfähigkeit darstellen sollen:

---

[100]) Vergl. Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 347, Anm. 203 zu § 32; Mansfeld-Pohl, Komm., S. 366, Anm. 10 a zu § 32.

[101]) Um die Erörterung der wesentlichsten Fragen des Aufbaues der Minderleistungsklausel nicht zurücktreten zu lassen, ist das gesamte tatsächliche Material zur folgenden Darstellung in den Anhang am Ende der Abhandlung gebracht worden.

[102]) Vergl. auch Leopold a. a. O., S. 27 f.

[103]) Inwieweit diese Gründe tatsächlich eine Minderleistung im Sinne der Ausführungen auf Seite 11 der Abhandlung bedeuten, mag dahingestellt bleiben; es interessiert hier zunächst der äußere Aufbau bisher verwandter Minderleistungsklauseln.

[104]) Vergl. die Beispiele Nr. 7, 9, 10, 11, 13, 15, 16, 18, 21, 22, 26, 30, 34 des Anhanges.

a) Invalidität [105])
b) Erwerbsbeschränktheit durch Unfall [106]),
c) Gebrechen [107]),
d) körperliche und geistige Mängel [108]),
e) hohes Alter [109]),
f) jugendliches Alter [110]),
g) weibliches Geschlecht [111]),
h) Ungeübtheit [112]),
i) Berufsfremdheit [113]),
k) „sonstige" Gründe [114]).

II. Ein gewisses Maß der Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit [115]).

III. Mängel der Arbeitsleistung [116]).

Zu B. Auch die Art der jeweils vorzunehmenden untertariflichen Lohnfestsetzung ist in verschiedener Weise geregelt. So wird zuweilen bestimmt, daß die Festsetzung des Lohnes dem Unternehmer bzw. dem Führer des Betriebes allein überlassen bleibt [117]). Es wäre dieses eine Bestimmung der vertragsmäßigen Gegenleistung gemäß § 315 BGB.[118]). Die einseitig vom Unternehmer festzusetzende Vergütung darf dann aber nach § 315 Absatz III BGB. nicht unbillig sein, und das ist gegebenenfalls durch das Gericht nachzuprüfen. Nach anderen Klauseln wiederum ist die Festsetzung des untertariflichen Lohnes Angelegenheit der Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien [119]). Darüber hinaus wird verschiedentlich ein gewisser Rahmen für die Festsetzung der niederen Entlohnung angegeben, indem ein Höchstmaß für eventuelle Abschläge vom Tariflohn bestimmt ist [120]). Auch ist in manchen Tarifordnungen vorgesehen, daß die Festsetzung der Minderent-

---

105) Vergl. die Beispiele Nr. 12, 14, 20, 35, 27 des Anhanges.
106) Vergl. Beispiel Nr. 14 des Anhanges.
107) Vergl. die Beispiele Nr. 36 u. 39 des Anhanges.
108) Vergl. die Beispiele Nr. 17, 19 und 39 des Anhanges.
109) Vergl. die Beispiele Nr. 12, 14, 20, 27 und 35 des Anhanges.
110) Vergl. die Beispiele Nr. 24 und 40 des Anhanges.
111) Vergl. Beispiel Nr. 40 des Anhanges.
112) Vergl. Beispiel Nr. 24 des Anhanges.
113) Vergl. Beispiel Nr. 17 des Anhanges.
114) Vergl. die Beispiele Nr. 14, 29 und 35 des Anhanges.
115) Vergl. die Beispiele Nr. 6, 7, 10, 11, 16, 17, 19, 21, 29, 30, 34 des Anhanges, wo eine „erhebliche" Leistungsbeeinträchtigung verlangt wird.
116) Vergl. die Beispiele Nr. 8, 24, 34 des Anhanges.
117) Vergl. Beispiele Nr. 11 und 24 des Anhanges.
118) Vergl. auch früher: Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 72 u. 104.
119) Vergl. die Beispiele Nr. 16, 18, 22 und 40 des Anhanges.
120) Vergl. die Beispiele 12 und 24 des Anhanges.

lohnung dem betroffenen Gefolgschaftsmitglied schriftlich mitzuteilen ist [121]).

Zu C. Sowohl im Tarifvertragsrecht als auch im heutigen Recht des AOG. ist zur Vermeidung willkürlicher Umgehungen der Unabdingbarkeit in den meisten Klauseln die Mitwirkung besonderer Instanzen bei der Lohnfestsetzung vorgesehen:

I. In Tarifverträgen:
   a) die Mitwirkung der früheren Betriebsvertretung [122]),
   b) die Mitwirkung der Berufsvertretung [123]) oder des Tarifamts [124]).

II. In Tarifordnungen:
   a) die Beratung im Vertrauensrat [125]),
   b) die Mitwirkung von Dienststellen eines der NSDAP. angeschlossenen Verbandes [126]),
   c) die Anzeige beim Reichstreuhänder der Arbeit [127]),
   d) das Einverständnis des Reichstreuhänders der Arbeit:
      1. die ausdrückliche Zustimmung [128]),
      2. das vermutete Einverständnis [129]).

Eine Mitwirkung der früheren Betriebsvertretung oder der Berufsvertretung war häufig in der Weise vorgeschrieben, daß diese Instanzen entweder vor der Lohnfestsetzung nur anzuhören waren [130]), oder aber daß ihre Zustimmung zur untertariflichen Entlohnung notwendig war [131]). In anderen Fällen schrieb die Klausel ausdrücklich eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsvertretung [132]), dieses zuweilen auch nur im Streitfalle [133]), vor.

Im geltenden Recht ist das Festsetzungsverfahren in den Minderleistungsklauseln in ähnlicher Weise geregelt worden, lediglich die Betriebsvereinbarung und die Zustimmung eines betrieblichen Organs sind zwangsläufig in Fortfall gekommen, da der heutige Vertrauensrat nur noch beratende Tätigkeit ausübt. Soweit der

---

121) Vergl. die Beispiele 8 und 20 des Anhanges.
122) Vergl. die Beispiele 25, 26, 28, 29, 30, 35 und 36 des Anhanges.
123) Vergl. die Beispiele 36 und 38 des Anhanges.
124) Vergl. Beispiel 26 des Anhanges.
125) Vergl. die Beispiele 6, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 19, 20 und 21 des Anhanges.
126) Vergl. Beispiel 17 des Anhanges.
127) Vergl. Beispiele 13, 17, 19, 20, 21 des Anhanges.
128) Vergl. Beispiele 7, 8. 10, 14, 15, 17, 20, 22 des Anhanges.
129) Vergl. Beispiele 9, 19 und 23 des Anhanges.
130) Vergl. Beispiel 25 des Anhanges.
131) Vergl. Beispiele 28, 29 und 36 des Anhanges.
132) Vergl. Beispiele 26 und 30 des Anhanges.
133) Vergl. Beispiel 35 des Anhanges.

Reichstreuhänder der Arbeit und Dienststellen eines der NSDAP. angeschlossenen Verbandes zur Mitwirkung bei der untertariflichen Entlohnung herangezogen werden, ist der Aufbau der Minderleistungsklausel bereits oben behandelt worden.

In welcher Weise auch die Mitwirkung besonderer Instanzen bei der Festsetzung des untertariflichen Lohnes vorgesehen sein mag, so hat sie hier bei der Minderleistungsklausel als Zulassungsnorm für die Abweichung von der tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen rechtsbegründenden Charakter. So gehörten im früheren Tarifrecht die Voraussetzungen, Beschränkungen und Bedingungen, an die die Zulassung geknüpft war, insoweit gleichfalls zum normativen Teil des Tarifvertrages [134]). Sobald diese Bedingungen nicht erfüllt sind, setzt die Unabdingbarkeit ein [135]); die unzulässige Abrede wird durch die Tarifnormen verdrängt. Dieses gilt heute insbesondere für die Beratung im Vertrauensrat, die Anzeige beim Reichstreuhänder der Arbeit und die Mitwirkung anderer Dienststellen, sofern diese konkreten Voraussetzungen in der Minderleistungsklausel enthalten sind. Dabei ist es nicht notwendig, daß die Rechtswirksamkeit der untertariflichen Lohnfestsetzung in der Klausel ausdrücklich von der Erfüllung dieser Voraussetzungen abhängig gemacht wird [136]). Zutreffend wird hierzu in den Monatsheften für NS-Sozial-Politik [137]) ausgeführt, daß die Festsetzung der untertariflichen Entlohnung z. B. bei Unterlassung der Anzeige beim Reichstreuhänder der Arbeit unwirksam ist und der Gefolgsmann in jedem Falle später den Unterschiedsbetrag zum Tariflohn nachverlangen kann. Der Reichstreuhänder der Arbeit soll durch die Anzeige in die Lage versetzt werden, gegen die Lohnfestsetzung des Betriebsführers Einspruch zu erheben. Gegebenenfalls kann dann der Reichstreuhänder nach Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen für die Minderentlohnung nach Maßgabe des tariflichen Tatbestandes den Betriebsführer veranlassen, die Angelegenheit nochmals im Vertrauensrat mit dem Ziele der Vermeidung einer untertariflichen Entlohnung durch Zuweisung eines geeigneten Arbeitsplatzes zu beraten.

Natürlich hat die tarifliche Voraussetzung der Mitwirkung dritter Instanzen nur bei der abweichenden Lohnfestsetzung auf Grund einer Minderleistungsklausel als Zulassungsnorm rechtsbegründenden Charakter. Stellt die Minderleistungsklausel nach Wortlaut oder Inhalt nicht eine Zulassungsbestimmung, sondern eine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches dar, so können die Vorschriften über die Mitwirkung des Vertrauensrates oder

134) Vergl. Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 254, III 3.
135) Vergl. Hueck-Nipperdey, ebenda.
136) Vergl. Beispiel 13 des Anhanges.
137) NS.Soz.Pol. 1937, Nr. 10, S. 233.

über die Anzeige beim Reichstreuhänder der Arbeit nur die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift haben [138]), da in solchen Fällen auch bei Nichtbeachtung dieser Vorschriften die Tariflohnsätze nicht zum Zuge kommen [139]). Wenn demgegenüber nach den Ausführungen in den Monatsheften für NS-Sozial-Politik der tariflich vorgesehenen Mitwirkung dritter Instanzen auch in den Fällen der Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. rechtsbegründender Charakter beigemessen werden soll, so kann dieser Auffassung nicht beigepflichtet werden [140]). Es ist also bei tariflichen Minderleistungsbestimmungen immer eine scharfe Trennung zwischen deren Eigenschaft als Zulassungsnormen und den Fällen der Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. erforderlich [141]).

Die Voraussetzung der Anzeige beim Reichstreuhänder der Arbeit oder gar dessen Zustimmung zu der untertariflichen Lohnfestsetzung sind besonders in jüngster Zeit von den Reichstreuhändern als rechtsbegründende Tatsachen in die Minderleistungsklausel aufgenommen worden. Dies ist wohl auf die Erkenntnis der Verantwortung der Reichstreuhänder im Hinblick auf die Frage der untertariflichen Entlohnung bei Minderleistung zurückzuführen. So zeigt auch die Rechtsentwicklung Zulassungsnormen zahlloser Variationen von der allgemeinen Zulassung abweichender Vereinbarungen beim Vorliegen von „Minderleistungsfähigkeit" [142]) bis zur kompliziertesten Minderleistungsklausel, die eine erhebliche Anzahl der vorstehend behandelten Tatbestandsmerkmale enthält [143]).

bb) Die rechtliche Unzulässigkeit der Verwendung von Minderleistungsklauseln in der Tarifordnung.

Die Minderleistungsklauseln, in denen die Zulassung abweichender Vereinbarungen an die Erfüllung verschiedenster Voraussetzungen geknüpft ist, lassen denn auch die in Praxis und Wissenschaft vorhandenen Bedenken auch derjenigen erkennen, die für eine Verwendung derartiger Zulassungsnormen eingetreten sind und auch heute nach dem Recht des AOG. die Minderleistungsklausel in die TO. aufgenommen wissen wollen [144]). Besonders aus

---

[138]) Siehe Seite 15.
[139]) Siehe Seite 15.
[140]) Siehe die Ausführungen auf Seite 15.
[141]) Vergl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 256, Anm. 14.
[142]) Vergl. Beispiel 16 des Anhanges.
[143]) Vergl. Beispiele 19, 20, 21 und zum alten Tarifrecht Beispiel 36 des Anhanges.
[144]) Vergl. zum früheren Recht: Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 257; zum geltenden Recht: Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 346/47, Anm. 203 zu § 32; ders. 2. Aufl., S. 414, Anm. 203 zu § 32; hier wird

der Praxis kann neuerdings die Auffassung der Reichstreuhänder ersehen werden, daß gegen die Verwendung von Minderleistungsklauseln die größten Bedenken bestehen. Die meisten Tarifordnungen sehen heute bei der Zulassung untertariflicher Entlohnung wegen Minderleistung die ausdrückliche Zustimmung des Reichstreuhänders der Arbeit vor[145]). Diese Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit der untertariflichen Lohnfestsetzung gibt der Minderleistungsklausel praktisch die Bedeutung eines Hinweises auf die Möglichkeit des Antrages beim Reichstreuhänder der Arbeit auf Herausnahme des Arbeitsverhältnisses mit dem Minderleistungsfähigen aus dem Geltungsumfang der TO. durch Einzelverwaltungsakt nach Maßgabe der 14. Durchführungsverordnung zum AOG.

Einer strengen und konsequenten Prüfung des Charakters der Tarifordnung kann denn auch der Versuch einer rechtlichen Begründung der Zulässigkeit der Verwendung von Minderleistungsklauseln nicht standhalten. Die Ansicht von Mansfeld ist bereits oben[146]) bei der Besprechung der allgemeinen Zulassungsnorm behandelt worden. Seine Meinung, daß der Reichstreuhänder der Arbeit den Normen einer TO. schlechthin dispositiven Charakter beilegen könne, umfaßt die Zulässigkeit der Verwendung von Minderleistungsklauseln. Die Begründung dieser Ansicht läßt aber die Bedeutung der heutigen Tarifordnung völlig außer Acht, sie ist daher auch nicht geeignet, die Verwendung von Minderleistungsklauseln rechtlich zulässig erscheinen zu lassen.

Auch die Versuche Nipperdey's[147]), die Minderleistungsklausel mit dem Wesen und Zweck der TO. in rechtlichen Einklang zu bringen, gehen nach Ansicht des Verfassers fehl. Es wird dort ausgeführt, daß dem Reichstreuhänder der Arbeit mit Rücksicht auf die Befugnis einer Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. auch das Recht zustehen müsse, für bestimmte Gruppen von Beschäftigten zwar Tarifnormen mit unmittelbarer Wirkung zu erlassen, aber diese Beschäftigten vom Geltungsbereich der TO. dann auszunehmen, wenn für sie eine abweichende arbeitsvertragliche Regelung getroffen wird. Wie auf Seite 16/17 bereits ausgeführt worden ist, kann auch eine Beschränkung des Geltungsbereiches der TO. auf volleistungsfähige Beschäftigte nach Ansicht des Verfassers nicht mit dem Wesen der TO. vereinbart werden. Es kann doch aber keinesfalls nach der rechtlichen Struk-

---

insbesondere die Ansicht in der 1. Aufl. wiederum betont, daß eine elastische Gestaltung der TO. heute nicht mehr geboten erscheint.

[145]) Vergl. die Beispiele 7, 8, 9, 10, 14, 15, 17 und 20 des Anhanges.

[146]) Siehe die Ausführungen auf S. 22.

[147]) Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 346/47, Anm. 203 zu § 32.

tur der Minderleistungsklausel als Zulassungsnorm von einer Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. unter den in der Klausel bestimmten Voraussetzungen gesprochen werden. Nipperdey selbst vertritt an anderer Stelle [148]) gegenüber Jacobi [149]) die Rechtsauffassung, daß die Zulassung von Abweichungen im Tarifvertrage nicht eine Beschränkung des Geltungsumfanges der tariflichen Regelung, sondern die Gestaltung der Arbeitsbedingungen als dispositives Recht bedeutet, und führt im Zusammenhange damit auch Minderleistungsklauseln mit konkreten Voraussetzungen als Beispiele auf [150]). Die Begründung Nipperdey's für die Zulässigkeit der Aufnahme von Minderleistungsklauselns in die TO. kann daher auch nicht überzeugen; denn es wird der Rechtscharakter der Minderleistungsklausel als Zulassungsnorm verkannt.

Der vom Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit bestimmte Zweck der TO. läßt überhaupt keine Normen in der TO. zu, die den Grundsatz der unabdingbaren Mindestregelung auch nur in engsten Grenzen durchbrechen [151]). Analogieschlüsse aus dem Vorbild des § 1 TVO. können zur Begründung der Zulässigkeit weder allgemeiner noch auf Einzelfälle abgestellter Zulassungsnormen eben wegen des besonderen Charakters der TO. nicht gezogen werden. Der einzige Zweck, der in § 32 AOG. dem Erlaß der TO. gesetzt wird, ist der „Schutz der Beschäftigten einer Gruppe von Betrieben". Die Festsetzung von Mindestbedingungen ist das zur Erfüllung dieses Zweckes vorgesehene einzige Mittel [152]). Und nur dieses Mittel kann den Schutzzweck der TO. gewährleisten. Der Rechtsverkehr der Schaffenden läßt von jeher keinen Zweifel darüber, daß dispositive Gesetzesvorschriften wenig Schutzwert haben. Weniger konsequente Auslegungen des § 32 AOG., die den Reichstreuhänder der Arbeit ermächtigen, in den besonderen Fällen der Minderleistung Ausnahmen von der Unabdingbarkeit der Inhaltsnormen in der TO. zuzulassen, sind unrichtig, weil die Anwendung der Tarifnormen nach dem Willen des Gesetzgebers heute eine ganz andere, bedeutend eingeschränktere als früher ist [153]). Sicher ist die Forderung einer elastischen Gestaltung der Tarifregelung durch Verwendung von Zulassungsnormen oder vielleicht auch durch Beschränkung des Geltungsumfanges der Tarifnormen be-

[148]) Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 253, 256 und 257. Vergl. auch die Ausführungen auf Seite 19/20.

[149]) Jacobi, a. a. O., S. 225 f.

[150]) Siehe Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 256/57.

[151]) Vergl. auch Bodmann in Arb.R. u. Volkst. 1934, Sp. 383 f; Dersch, Komm., S. 213, Anm. 8 b zu § 32; Arb.R.-Kartei, Tagesfragen 195 e.

[152]) Vergl. Bodmann, a. a. O., Sp. 383 f.

[153]) Allerdings hat diese Absicht des Gesetzgebers in der Praxis bisher nicht die notwendige Beachtung gefunden. Vergl. hierzu die Ausführungen auf S. 46/47.

gründet, wenn die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen im Rechtsverkehr die Regel bildet. Das war im früheren Tarifrecht ein vom Gesetzgeber unter Berücksichtigung politischer und wirtschaftlicher Verhältnisse durchaus gewünschter Rechtszustand [154]). Nach dem AOG. soll jedoch die betriebliche Gestaltung der Arbeitsbedingungen der normale Zustand sein [155]), während die überbetriebliche Festsetzung der Arbeitsbedingungen durch Tarifordnung nur als Vorbeugungs- bzw. Heilmittel für wirtschaftlich und sozial ungesunde Betriebe vorgesehen ist, die innerhalb der Wirtschaft nur das Maß der Ausnahme erreichen sollen. Der Gesetzgeber ist dabei zunächst der günstigen politischen und wirtschaftlichen Entwicklung des neuen Reiches vorausgeeilt, um seinerseits die schnelle Erreichung des Zieles einer gesunden Volksgemeinschaft durch die erzieherische Kraft seiner Rechtssätze zu gewährleisten. Bei Unterstellung gesunder Wirtschaftsverhältnisse hat der Gesetzgeber das Anwendungsmaß der Tarifnormen auf diejenigen Ausnahmefälle beschränkt, die den Schutz der Beschäftigten tatsächlich zwingend gebieten. Dann aber können nur unabdingbare Normen diesen Schutz garantieren. Wenn für vollleistungsfähige Beschäftigte die Gefahr unsozialer Ausnutzung der Arbeitskraft droht, so ist auch für Minderleistungsfähige zu den gleichen Befürchtungen Anlaß. In gleicher Weise wie bei der Frage der Beschränkung des Geltungsbereiches der TO. auf Volleistungsfähige [156]) kann daher auch hier nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Schaffung von Lücken für die Ausnutzung der Arbeitskraft durch Verwendung von Minderleistungsklauseln zulassen wollte. Es muß somit bei voller Erkenntnis der Bedeutung der Tarifordnung der Auffassung von Dersch [157]) insoweit beigepflichtet werden, als er auch die Verwendung von Minderleistungsklauseln in der heutigen TO. für unzulässig hält. Eine Vermeidung von Härten für den Unternehmer in den Fällen, die die Unmöglichkeit der Zuweisung eines für den Minderleistungsfähigen geeigneten Arbeitsplates aufzeigen, ist durch die Befugnisse des Reichstreu-

---

154) Vergl. auch Dersch, Komm., S. 200, Anm. 3 zu § 32; Bodmann, a. a. O., Sp. 383 f.

155) So auch Dersch, Komm., S. 201, Anm. 3 zu § 32; Mansfeld-Pohl, Komm., S. 349, Vorbem. zu § 32, und Einleitung S. 16 f. Vergl. insbesondere neuerdings auch Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 2. Aufl., S. 414, Anm. 203 zu § 32, wo in Erweiterung der Ausführungen zur gleichen Anmerkung in der 1. Auflage die Auffassung vertreten wird, daß nunmehr die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen im Rechtsverkehr die Ausnahme darstellt und daher eine elastische Gestaltung der TO. nicht mehr zulässig erscheint.

156) Siehe die Ausführungen auf S. 16/17.

157) Dersch, Komm., S. 213, Anm. 8 b zu § 32; siehe auch Arb.R.-Kartei, Tagesfragen 195 e.

händers der Arbeit auf der Grundlage der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. gewährleistet. Hier kann der Reichstreuhänder nach Prüfung aller Umstände solche Gefolgschaftsangehörige, die wegen physischer Mängel der Arbeitskraft tatsächlich Minderleistungen erbringen, auf Antrag von der Geltung der Tarifordnung befreien. Mit dem Erlaß dieser Durchführungsverordnung am 20. 10. 1935 hat der Gesetzgeber sicherlich auch zum Ausdruck bringen wollen, daß der Charakter der heutigen Tarifordnung in keiner Weise mit einer noch so beschränkten Verwendung dispositiver Normen in Einklang zu bringen ist[158]). Die 14. Durchführungsverordnung zum AOG. soll eben grundsätzlich das einzige Ventil für eine elastische Gestaltung der Arbeitsbedingungen bei der im Ausnahmefall erfolgten Tarifregelung darstellen. Die Tatsache, daß diese Verordnung erst eineinhalb Jahre nach dem Inkrafttreten des AOG. erlassen worden ist, läßt erkennen, daß der Gesetzgeber wohl einer gewissen Übergangszeit zur Liquidierung des alten Tarifrechts Rechnung getragen hat, daß er aber nunmehr eine strengere Beachtung des eigentlichen Zweckes der TO. unter Berücksichtigung der erheblich fortgeschrittenen Wirtschaftsgesundung für angezeigt hält. Die mit der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. gegebene Möglichkeit einer von der Tarifregelung abweichenden Gestaltung der Arbeitsbedingungen im Einzelfalle wird auch im Hinblick auf die Minderleistung des Beschäftigten als einziges Ventil für die Zulassung einer Minderentlohnung angesehen werden müssen.

cc) Rechtspolitische Erwägungen.

Freilich bestanden gerade unmittelbar nach dem Inkrafttreten des AOG. beachtliche rechtspolitische Bedenken gegen diese aus dem Charakter der Tarifordnung sich ergebende Totalität des Unabdingbarkeitsgrundsatzes. Der Rechtszustand einer allgemeinen tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen hat wohl weniger zu diesen Bedenken Anlaß gegeben, als die Arbeitslosigkeit und die katastrophale Lage der deutschen Wirtschaft. Eine Elastizität der Tarifregelung, die es gestattete, den Lohn für minderleistungsfähige Beschäftigte niedriger als die Mindestvergütung für volleistungsfähige zu halten, mußte damals direkt als rechtspolitische Notwendigkeit anerkannt werden, um diese Arbeitskräfte überhaupt in Arbeit und Verdienst zu halten. Andernfalls wären sie als Erwerbslose der Allgemeinheit ständig zur Last gefallen.

Nach der fast völligen Beseitigung der Arbeitslosigkeit[159]) kön-

[158]) So auch Arb.R.-Kartei, Tagesfragen 195 e.

[159]) Nach dem letzten Bericht der Reichsanstalt f. Arbeitsverm. u. Arbeitslosenvers. vom 5. 7. 1937 — RABl. 1937 S. II 209/10 — betrug die Zahl

nen diese rechtspolitischen Bedenken zum mindesten nicht mehr in dem Maße durchgreifen, daß die Verwendung von Minderleistungsklauseln in Tarifordnungen im Interesse der Eingliederung der Minderleistungsfähigen in den Arbeitsprozeß grundsätzlich geboten erscheint. In den meisten Berufsständen macht sich bereits ein empfindlicher Mangel an Facharbeitern bemerkbar. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Versorgung der Landwirtschaft mit Arbeitskräften jeglicher Art. Verfolgt man die Berichte der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, so läßt sich feststellen, daß man sich in vielen Berufen bereits die Frage eines ausreichenden Nachwuchses an Facharbeitskräften angelegen sein läßt.

Unter Berücksichtigung dieser wirtschaftspolitischen Schwierigkeiten muß jedem Unternehmer die bereits in § 2 AOG. enthaltene [160]), nunmehr auch aus allgemeinen wirtschaftspolitischen Erfordernissen sich ergebende Verpflichtung auferlegt werden, alle Arbeitskräfte, insbesondere Minderleistungsfähige, so einzusetzen, daß sie an geeigneter Arbeitsstelle vollwertige Arbeitsleistungen erbringen. Es muß als Verstoß gegen diese Pflichten angesehen werden, wenn vom Unternehmer qualifizierte Arbeitskräfte, auch nur im Ausmaß der Nebenarbeit, zur Verrichtung einfacher und leichterer Arbeiten eingesetzt werden, sofern auch minderleistungsfähige Beschäftigte diese Arbeiten brauchbar verrichten können [161]). Die besonderen Maßnahmen der Reichsregierung, die die deutsche Wirtschaft vom Ausland unabhängig machen sollen [162]), das Ziel, die deutsche Volksgemeinschaft zur hochwertigsten Leistungsgemeinschaft heranzubilden, betonen die staatspolitische

---

der Arbeitslosen im Monat Juni 1937 nur noch insgesamt 776 000 gegenüber 5 582 000 im gleichen Monat des Jahres 1932. Im Laufe des Monats Juli 1937 ist die Arbeitslosenziffer weiterhin auf 562 900 im Deutschen Reich gesunken — vergl. „Arbeit und Arbeitslosigkeit", Anzeiger der Reichsanstalt, Nr. 15/37, S. 24.

[160]) Vergl. hierzu insbesondere Siebert, „Arbeitsverhältnis", S. 100 f.

[161]) So, wenn namentlich in der Metallindustrie etwa ein volleistungsfähiger Schlosser im Werkzeugmagazin beschäftigt würde, und diese Arbeit auch von einem unfallverletzten Schlosser ausgeführt werden könnte, dessen Kenntnisse zur Ausgabe und Verwaltung des Werkzeugs ausreichen, der aber wegen Verlustes der linken Hand nicht mehr praktisch arbeiten kann.

[162]) Vergl. Verordnung zur Durchf. des Vierjahresplanes vom 18. 10. 1936 — RGBl. I S. 887; vergl. insbesondere auch die 5. Anordnung zur Durchf. des Vierjahresplans über die Beschäftigung älterer Angestellter, v. 7. 11. 1936 — RABl. 1936, S. I 296. Es heißt dort eingangs: „Die Durchführung des neuen Vierjahresplans kann nur gelingen, wenn keine Arbeitskraft im deutschen Volke ungenutzt bleibt. Damit wird es möglich, auch ältere einsatzfähige Angestellte in die Reihen der schaffenden Deutschen wieder einzugliedern. Ihr Einsatz entspricht zugleich staatspolitischen Notwendigkeiten."

Pflicht des Unternehmers, jeden Beschäftigten, auch den Minderleistungsfähigen, so in den Produktionsgang seines Betriebes einzugliedern, daß auch dieser Beschäftigte ein vollwertiges Glied der Leistungsgemeinschaft darstellt.

Auch verträgt es sich nicht mit den Grundsätzen echter Betriebsgemeinschaft, wenn z. B. alte oder unfallverletzte Gefolgschaftsmitglieder, die dem Betriebe jahrelang die Treue gehalten haben, dann eine Minderentlohnung erfahren sollen, wenn sie schwerere Arbeit nicht mehr verrichten können. In solch einem Falle wäre es Aufgabe des Betriebsführers, die Arbeiten so einzuteilen, daß die jüngeren und kräftigeren Gefolgschaftsmitglieder die schwereren Arbeiten zugewiesen bekommen. Eine solche Arbeitseinteilung wird in den meisten Betrieben möglich sein. Vornehmlich die Frage der alten Gefolgschaftsmitglieder muß in diesem Zusammenhange sehr sorgfältig behandelt werden [163]). Welche Grundsätze heute dem Gedanken echter Betriebsgemeinschaft entsprechen, das läßt sich aus den Bestimmungen z. B. der „Tarifordnung für Land- und Forstarbeiter im Wirtschaftsgebiet Brandenburg“ [164]) erkennen, in denen es heißt, daß Deputanten und deren Frauen bis an ihr Lebensende kostenlos eine Alterswohnung und dazu ein Altersdeputat erhalten sollen, wenn nach dreißigjähriger Betriebszugehörigkeit das Arbeitsverhältnis infolge Alters oder Invalidität beendet werden muß.

Dieser besonderen Fürsorgepflicht gerade gegenüber solchen Gefolgschaftsmitgliedern, die im Betriebe alt und invalide geworden oder die Kriegsbeschädigte sind, ist bei Minderleistung auch bereits im früheren Tarifrecht vereinzelt Rechnung getragen worden. So heißt es in einer Minderleistungsklausel [165]): „Hiervon (der Zulassung untertariflicher Entlohnung) dürfen Arbeiter nicht betroffen werden, die im Betriebe alt und invalide geworden oder die Kriegsbeschädigte sind“ [166]).

Einer Kündigung solcher Gefolgschaftsmitglieder, die im Betriebe durch Unfall und im Verlaufe einer längeren Betriebszugehörigkeit ihre volle Leistungsfähigkeit verloren haben, steht auch in den meisten Fällen der Schutz des § 56 AOG. gegenüber. Bei

[163]) Vergl. DAK, 1937, Nr. 105 v. 13. 5. 1937.

[164]) RABl. 1936, S. VI 1274, § 9.

[165]) Vergl. Beispiel 27 des Anhanges.

[166]) Vergl. dazu auch: Reichstreuhänder der Arbeit für Westfalen in Arb.R.-Kartei, Tagesfragen 341 c; besonders zur Frage der Kriegsbeschädigten hat auch das RAG. in einer neueren Entscheidung vom 21. 11. 1936 — RAG. in Arb.R. Sammlung, Bd. 28, S. 240 f — zum Ausdruck gebracht, daß kriegsbeschädigte Gefolgsmänner von einer Zulassung untertariflicher Entlohnung für „Invaliden“ nicht betroffen werden. Unter der auf Invalidität beruhenden Minderleistungsfähigkeit ist nur eine solche zu verstehen, die auf im natürlichen Verlauf des Lebens eingetretener Krankheit oder Gebrechen, nicht aber auf Kriegsbeschädigung beruht.

Schwerbeschädigten ist darüber hinaus in solchen Fällen, in denen ein Grund zur fristlosen Lösung des Arbeitsverhältnisses nicht vorliegt, sogar die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle erforderlich (§ 13 Schwer.Besch.Ges.). Die Gefahr des Verlustes der Arbeitsstelle ist also auch für Minderleistungsfähige ganz wesentlich eingeschränkt [167]). Zudem übt auch die Deutsche Arbeitsfront bei ihrer autoritativen Stellung nach der Verordnung des Führers und Reichskanzlers vom 24. 10. 34 erheblichen Einfluß auf die Betriebe aus, um gegebenenfalls unbegründete Entlassungen Minderleistungsfähiger verhindern zu können. Die Notwendigkeit der Minderleistungsklausel kann daher auch nicht mehr mit dem Einwand begründet werden, daß Minderleistungsfähige im anderen Falle unbedingt die Gefahr laufen, ihre Arbeitsstelle zu verlieren. Andererseits gewährt die 14. Durchführungsverordnung zum AOG. dem Unternehmer auch gegenüber dem Kündigungsschutz des Minderleistungsfähigen ausreichende Möglichkeiten zur Vermeidung von Härten namentlich bei schlechteren Betriebsverhältnissen.

Im Ergebnis ist somit eine allgemeine Verwendung von tariflichen Minderleistungsklauseln auch keineswegs mehr aus sozialpolitischen Gründen geboten, im Gegenteil, sie würde Verstößen gegen die oben dargestellten Pflichten des Unternehmers geradezu Vorschub leisten. Selbst unter Berücksichtigung aller rechtspolitischen Erfordernisse ist eine Unterschreitung des Tariflohnes bei Minderleistung des Beschäftigten grundsätzlich nur nach Herausnahme des Arbeitsverhältnisses mit dem Minderleistungsfähigen aus dem Geltungsumfang der TO. auf Grund der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. zulässig [168]).

Lediglich bei besonders schwierigen Wirtschaftsverhältnissen, z. B. in Notstandsgebieten, könnte ausnahmsweise die Verwendung von Minderleistungsklauseln in Tarifordnungen begründet erscheinen, wenn nach den örtlichen Verhältnissen unverhältnismäßig viel Minderleistungsfähige in den Arbeitsprozeß einzugliedern sind [169]). Die Klausel muß dann aber nach ihrem Aufbau ge-

---

[167]) Vergl. auch Warncke, in DAR. 1936, S. 310.

[168]) So kann auch in der Praxis beobachtet werden, daß die wenigsten Unternehmer von der Zulassung nach Maßgabe der z. Zt. noch bestehenden Minderleistungsklauseln Gebrauch machen. Auch im niederschlesischen Kohlenrevier, in dem Verfasser z. Zt. als Rechtsberater der DAF tätig ist, wird die Minderentlohnung in den meisten Fällen trotz beachtlicher wirtschaftlicher Schwierigkeiten und einer unverhältnismäßig großen Anzahl Erwerbsbeschränkter (Staublungenkranke) durch Zuweisung geeigneter Arbeitsplätze vermieden.

[169]) Dieses ist z. B. im Waldenburger Kohlenrevier der Fall. Nach der Statistik des Arbeitsamtes Waldenburg/Schlesien vom Juli 1937 waren noch insgesamt etwa 3000 Arbeitslose in den Arbeitsprozeß einzugliedern. Davon waren etwa 1200, das sind 40 v. H. der Gesamtziffer der Arbeits-

eignet sein, erstens die Zulassung der untertariflichen Entlohnung auf die Fälle der typischen Minderleistung [170]) zu beschränken und zweitens auch die sozialpolitischen Bestrebungen zu fördern, die Minderleistungsfähigen in Arbeit und Verdienst zu halten.

Dementsprechend muß eine Klausel, die untertarifliche Lohnbemessungen bei „minderwertigen Leistungen [171]), „bei nicht vollwertigen Arbeitskräften" [172]) oder bei „aus sonstigen Gründen" [173]) zurückbleibenden Leistungen zuläßt, als mit dem Charakter der TO. unvereinbar abgelehnt werden. Es besteht hier die Gefahr einer willkürlichen Minderentlohnung, da der Begriff der eigentlichen Minderleistung nicht klar herausgestellt ist.

Wenn auch besondere Kategorien von Minderleistungsfähigen in der Klausel nicht aufgezählt zu werden brauchen, so wird verlangt werden müssen, daß die Minderleistung tatbestandsmäßig als „generelle geistige oder körperliche Unfähigkeit zur Leistung normalwertiger Arbeit auf dem zugewiesenen Arbeitsplatz" [174]) erläutert wird, damit die Fälle der verschuldeten Schlechtleistung von vornherein für die Minderentlohnung ausscheiden. Die Voraussetzung einer nicht normalwertigen Arbeitsleistung schließt bereits sinngemäß solche Mängel der Arbeitskraft aus, die die Tauglichkeit zu der in Betracht kommenden Arbeit nur unwesentlich herabsetzen.

Die alleinige Aufzählung von Umständen und Tatsachen in der Person des Beschäftigten, die gewöhnlich ein Kriterium für körperliche oder geistige Mängel darstellen, kann auch keine Gewähr für eine Beschränkung der Minderentlohnung auf die Fälle der tatsächlichen Minderleistung bieten. Es darf sich nicht nur um eine allgemeine Erwerbsbeschränktheit im Sinne der Sozialversicherung handeln, die Minderleistung muß auch tatsächlich auf dem zugewiesenen Arbeitsplatz in Erscheinung treten [175]). So haben Umstände, wie der Bezug einer Unfallrente, der Knappschaftspension, des Angestelltenruhegeldes und die im Zusammenhang damit vom

---

losen, wegen Erwerbsbeeinträchtigung infolge genereller physischer Mängel nicht voll einsatzfähig. Die Reichsziffer der Nichtvolleinsatzfähigen betrug im gleichen Monat 175 501, das sind 32,2 % der Gesamtarbeitslosenziffer von 562 900 (vergl. „Arbeit und Arbeitslosigkeit", Anzeiger der Reichsanstalt, 1937 Nr. 15, S. 24).

[170]) Vergl. S. 11.

[171]) Siehe Beispiel 34 des Anhanges.

[172]) Siehe Beispiel 31 des Anhanges.

[173]) Siehe Beispiel 14, 29 und 35 des Anhanges.

[174]) Vergl. auch LAG. Hannover, Urteil vom 15. 5. 1935, in Arb.R.-Kartei, „Tarifordnung", Einzelfragen 4 Nr. 2; im übrigen siehe S. 12.

[175]) Siehe auch: Amtl. Mitt. des Reichstreuhänders der Arbeit für Schlesien 1936 Nr. 15; DAK. 1937 Nr. 5 vom 13. 5. 1937; Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 347, Anm. 203 zu § 32.

Versicherungsträger oder der Versicherungsbehörde als Voraussetzung für die Gewährung der Versicherungsleistungen festgestellten körperlichen oder geistigen Schäden nicht immer eine tatsächliche Minderleistung des Beschäftigten zur Folge. Der Bergmann und der Angestellte beziehen die Knappschaftspension bzw. das Angestelltenruhegeld wegen der Unfähigkeit, ihren Beruf auszuüben [176]). Damit ist aber nicht gesagt, daß der berufsunfähige Bergmann nicht über Tage vollwertige Handarbeit leisten, der berufsunfähige kaufmännische Angestellte nicht etwa die Stellung eines Aufsehers vollwertig ausfüllen könnte. Ebenso wäre der unfallverletzte Schlosser, auch wenn er wegen Verlustes der linken Hand eine etwa fünfzigprozentige Unfallrente [177]) von der Berufsgenossenschaft bezieht, sehr wohl imstande, ein Werkzeugmagazin zu verwalten. Andererseits können die generellen physischen Mängel der Arbeitskraft auch durch dauernde Krankheit oder sonstige Umstände bedingt sein, die sich in ihrer Vielgestaltigkeit nicht aufzählen lassen. Es wird sich daher empfehlen, die Minderleistung durch klare abstrakte Tatbestandsmerkmale in der Art des oben gegebenen Beispiels zu definieren.

Die Frage des richtigen Arbeitseinsatzes bildet — wie schon mehrfach dargelegt wurde — das sozialpolitische Kernproblem für den Interessenausgleich bei Arbeitsverhältnissen mit minderleistungsfähigen Beschäftigten. Allein aus diesem Grunde muß die Zulassung der Minderentlohnung auch an konkrete Voraussetzungen, wie die Beratung im Vertrauensrat, Information des Reichstreuhänders und die Mitwirkung ähnlicher Instanzen, geknüpft werden, damit die Erschöpfung aller Möglichkeiten der Zuweisung eines geeigneten Arbeitsplatzes eben zur Vermeidung der Minderentlohnung gewährleistet ist.

Nach der Beseitigung der früheren Betriebsvertretung und der Tarifparteien kommen die Beratung im Vertrauensrat und die Mitwirkung des Reichstreuhänders der Arbeit als derartige Voraussetzungen in erster Linie in Frage. Die Mitwirkung des Vertrauensrates bei der Festsetzung des Lohnes für Minderleistungsfähige kann sich nach dessen Stellung nur auf eine beratende Tätigkeit erstrecken. Eine Zustimmung der Vertrauensmänner, bzw. ein Abstimmungsbeschluß im Vertrauensrat ist heute unzulässig, da hierdurch das Führerprinzip des AOG. durchbrochen würde. So machen denn eine Reihe von Tarifordnungen die Rechtswirksamkeit der von den tariflichen Lohnsätzen abweichenden Lohnfestsetzung allein von einer vorangegangenen Beratung im Vertrauensrat ab-

---

176) § 35 RKG.; § 30 AVG.
177) Siehe Liniger, Der Rentenmann, Tafel V Nr. 56.

hängig [178]). Gewiß ist die Besprechung der Angelegenheit im Vertrauensrat für den richtigen Einsatz des Minderleistungsfähigen im Betriebe von beachtlicher Bedeutung, da die Vertrauensmänner dem Führer des Betriebes in dieser Hinsicht wertvolle Anregungen geben können. Es muß aber bezweifelt werden, daß die Beratung im Vertrauensrat allein für eine tatsächliche Erschöpfung passender Arbeitseinsatzmöglichkeiten unbedingte Gewähr bietet. Da gemäß § 32 II AOG. unterstellt werden muß, daß der Erlaß der TO. zwingend zum Schutze der Beschäftigten geboten ist, so muß auch damit gerechnet werden, daß der Unternehmer in den Fällen, in denen ihm die TO. Raum zur freien Festsetzung des Lohnes läßt, wenig oder gar nicht auf den Rat seiner Vertrauensmänner hören, sondern vielmehr die Beratung über die Minderentlohnung im Vertrauensrat zu einer Formalangelegenheit machen wird. Eine Anrufung des Reichstreuhänders der Arbeit durch die Mehrheit des Vertrauensrates im Sinne des § 16 AOG. würde auf Schwierigkeiten stoßen, weil es sich nicht um die Festsetzung allgemeiner Arbeitsbedingungen, sondern nur um solche handelt, die einzelne bestimmte Arbeitsverhältnisse betreffen [179]).

Um die Minderleistungsklausel in notwendigster Weise mit dem Schutzcharakter der TO. in Einklang zu bringen, käme demnach weiterhin die Voraussetzung der Mitwirkung des Reichstreuhänders der Arbeit in Frage. Die Praxis hat auch in letzter Zeit entweder die Anzeige der untertariflichen Entlohnung beim Reichstreuhänder oder gar dessen Zustimmung als rechtsbegründende Voraussetzungen in den Tatbestand der Minderleistungsklausel aufgenommen [180]). Gegen eine Mitwirkung des Reichstreuhänders der Arbeit bei der Festsetzung des untertariflichen Lohnes bestehen aber die gleichen Bedenken, die gegen eine ausschließliche Beschränkung der Zulässigkeit untertariflicher Entlohnung bei Minderleistung auf die Möglichkeiten im Rahmen der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. eingewandt werden. Namentlich, wenn Minderleistungsfähige aus irgendwelchen Gründen vorübergehend aus dem Arbeitsprozeß ausgeschieden sind, und ihnen nunmehr wieder eine Arbeitsstelle vermittelt werden soll, ist im Interesse der Eingliederung dieser Volksgenossen in den Arbeitsprozeß eine schnelle Entscheidung über die Zulässigkeit untertariflicher Entlohnung notwendig. Das Herausnahmeverfahren nach der 14. Durchführungsverordnung ist aber insofern umständlich und zeitraubend, als der Reichstreuhänder umfangreiche Erhebungen anstellen müßte, um die Begründetheit des Antrages festzu-

[178]) Vergl. die Beispiele 6, 9, 13, 15, 18 des Anhanges.

[179]) Vergl. auch Dersch, Komm., S. 117, Anm. 2 c zu § 16; NS.Soz.Pol. 1937, Nr. 10, S. 232.

[180]) Siehe Beispiele 7, 8, 10, 14, 17, 19, 20, 21, 22 des Anhanges.

stellen [181]). Mit dem Antrage auf Herausnahme des Arbeitsverhältnisses mit dem Minderleistungsfähigen aus der Tariflohnregelung sind auch für den Unternehmer eine Fülle von zeitraubenden Formalitäten verbunden, die ihn vielfach von der Beschäftigung Minderleistungsfähiger Abstand nehmen lassen werden, besonders aber dann, wenn es sich um mehrere erwerbsbeschränkte Personen handelt [182]).

Die gleichen Nachteile bestehen aber auch bei einer tariflichen Minderleistungsklausel, sobald die Mitwirkung des Reichstreuhänders der Arbeit als rechtsbegründende Voraussetzung für die Abweichung vom Tariflohn vorgesehen ist. Soweit die Rechtswirksamkeit der untertariflichen Lohnfestsetzung von der ausdrücklichen Zustimmung des Reichstreuhänders abhängig gemacht wird, hat die Minderleistungsklausel praktisch die Bedeutung eines Hinweises auf die Möglichkeit der Herausnahme des betreffenden Arbeitsverhältnisses aus der tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen nach Maßgabe der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. Von dem Herausnahmeverfahren nach der genannten Verordnung unterscheidet sich die Klausel nur insofern, als gewisse Formalitäten, wie die Anzeige an das Reichsarbeitsministerium, wegfallen [183]). Im übrigen aber müßte der Reichstreuhänder auch hier die Begründetheit der vorgeschlagenen Minderentlohnung eingehend prüfen, womit die gleichen Schwerfälligkeiten wie beim Herausnahmeverfahren verbunden wären.

Auch die Voraussetzung der Anzeige der untertariflichen Lohnfestsetzung beim Reichstreuhänder der Arbeit sowie die in der Minderleistungsklausel unter bestimmten Umständen fingierte Zustimmung des Reichstreuhänders unterliegen ähnlichen Bedenken.

Die in der Klausel vorgesehene Anzeige der untertariflichen Lohnfestsetzung beim Reichstreuhänder hat für die Abweichung vom Tariflohn rechtsbegründenden Charakter [184]). Wäre sie — wie bei der Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. [185]) — als Ordnungsvorschrift anzusehen, so stünde auch hier

---

[181]) In der Praxis wird von den Reichstreuhändern der Arbeit auch in den meisten Fällen eine gutachtliche Äußerung der zuständigen Kreisdienststelle der DAF angefordert.

[182]) Aus der Erkenntnis der in Kreisen der Unternehmerschaft teilweise noch vorhandenen Verständnislosigkeit gegenüber dem Minderleistungsfähigenproblem ist der Gesetzgeber wohl auch zur Fünften Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplanes über die Beschäftigung älterer Angestellter — RABl. 1936, S. I 296 — geschritten.

[183]) Vergl. auch NS.Soz.Pol. 1937, Nr. 10, S. 233.

[184]) Vergl. auch NS.Soz.Pol. 1937, Nr. 10, S. 233; siehe im übrigen die Ausführungen auf Seite 29.

[185]) Sie die Ausführungen auf Seite 15, 29 und 30.

bei der ergänzend-dispositiven Norm über die Lohnhöhe praktisch die Abdingung im alleinigen Ermessen des Unternehmers. Die Anzeige beim Reichstreuhänder der Arbeit soll aber als rechtsbegründende Voraussetzung die Minderleistungsklausel in der Weise dem Charakter der heutigen TO. anpassen, daß der Schutz der Tarifregelung sich in ausreichendem Maße auch auf Minderleistungsfähige erstreckt. Dann darf die Anzeige auch vom Reichstreuhänder der Arbeit nicht etwa als bloße Formvorschrift behandelt werden; er hat die Pflicht, in jedem Falle die Begründetheit der Anwendung der Minderleistungsklausel zu prüfen und gegebenenfalls einer ungerechtfertigten untertariflichen Entlohnung zu widersprechen [186]). Der Unternehmer indessen müßte während der Dauer eines ungewissen Zeitraumes stets mit dem Einspruch des Reichstreuhänders gegen die untertarifliche Entlohnung rechnen. Dieser Einspruch des Reichstreuhänders löst alsdann die Folge der zukünftigen Unwirksamkeit (ex nunc) der Abrede aus [187]), es sei denn, daß in der TO. etwas anderes über die Rechtswirkung des Einspruches bestimmt worden ist [188]). Die untertarifliche Lohnvereinbarung hätte, solange der Reichstreuhänder nicht widerspricht, die Bedeutung eines unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts im Sinne des § 158 Abs. II BGB. Es steht gegenüber diesem unsicheren Rechtszustand während einer unbestimmten längeren Zeitdauer zu erwarten, daß der Unternehmer zur Vermeidung des Risikos eines späteren Einspruches des Reichstreuhänders der Arbeit gegen die untertarifliche Lohnfestsetzung wenig geneigt sein wird, einen Minderleistungsfähigen in seinem Betriebe zu beschäftigen, wenn tatsächlich ein geeigneter Arbeitsplatz zur Erbringung vollwertiger Leistungen nicht vorhanden ist. Außerdem muß sich der Reichstreuhänder ebenso wie bei der Befreiung von der Geltung der TO. mit der genauen Prüfung der Sachlage befassen. Ein Nachteil der Minderleistungsklausel gegenüber der Befreiung von der Geltung der TO. besteht aber in der Schaffung eines auf unbestimmte Zeit ausgedehnten unsicheren Rechtszustandes. Zur Vertiefung der gegenseitigen persönlichen Beziehungen der Beteiligten des Arbeitsverhältnisses müssen stets klare Rechtsverhältnisse geschaffen werden. Umso größer müssen dann die vorstehenden Bedenken sein, wenn der Tatbestand der Minderleistungsklausel etwa für den Fall des Einspruches des Reichstreuhänders die Rechtsfolge einer Unwirksamkeit der Lohnvereinbarung ex tunc vorsieht [189]). Die untertarifliche Lohnfest-

[186]) Vergl. auch die Ausführungen in NS.Soz.Pol. 1937, Nr. 10, S. 233.
[187]) Siehe die Beispiele 13, 21, 23 des Anhanges.
[188]) Siehe unten Anm. 189.
[189]) Dieses muß angenommen werden bei den Beispielen 17 und 20 des Anhanges und e contrario auch bei dem Beispiel 19.

setzung hätte hier die Bedeutung eines Rechtsgeschäftes im Sinne des § 159 BGB.

Diese nachteiligen Auswirkungen können auch nicht durch eine in der Klausel enthaltene Fiktion ausgeräumt werden, daß die Zustimmung des Reichstreuhänders zu der untertariflichen Entlohnung nach Ablauf einer bestimmten Frist seit der Aufgabe der Anzeige als erteilt gilt[190]). Auch hier besteht der für die nach dem AOG. betonten persönlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten unzuträgliche schwebende Rechtszustand zum mindesten für die Dauer einer nicht unerheblich langen Zeit. Die bisher in die Zulassungsbestimmungen aufgenommenen Fristen[191]) für den Widerruf des Reichstreuhänders lassen erkennen, daß dem Büro des Reichstreuhänders entsprechend dem Umfange seines räumlichen und sachlichen Aufgabengebietes ein längerer Zeitraum zur Prüfung aller Umstände gelassen werden muß.

Soweit also Minderleistungsklauseln nach Maßgabe bisher in der Praxis verwandter konkreter Voraussetzungen bei einer loyalen Auslegung des Charakters der TO. zulässig erscheinen könnten, sind sie nicht mehr geeignet, den besonderen sozialpolitischen Bedürfnissen zu dienen, aus denen in Ausnahmefällen ihre rechtspolitische Notwendigkeit hergeleitet werden könnte.

Um Sonderverhältnissen Rechnung zu tragen, ließe sich allenfalls die Minderleistungsklausel in der Form halten, daß die Wirksamkeit der von den Parteien getroffenen abweichenden Lohnfestsetzung von dem Einvernehmen mit einer Instanz abhängig gemacht wird, die eine authentische und vor allem schnelle Prüfung der Begründetheit der untertariflichen Entlohnung bei Minderleistungsfähigen gewährleistet. Ich denke hierbei an eine Mitwirkung des zuständigen Kreisbauernführers in Landwirtschaftsbetrieben, in den übrigen Betrieben an eine solche des zuständigen Kreisobmannes der Deutschen Arbeitsfront.

In einigen Wirtschaftsgebieten haben die Reichstreuhänder der Arbeit bereits Dienststellen eines der NSDAP. angeschlossenen Verbandes zur Mitwirkung bei der Festsetzung untertariflicher Vergütungen für Minderleistungsfähige herangezogen[192]). Dies ist bisher aber nur im Rahmen des Einvernehmens zwischen dem Unternehmer und diesen Dienststellen als Ersatz für die Beratung im Vertrauensrat bei solchen Betrieben vorgeschrieben worden, in de-

---

190) Siehe die Beispiele 19 und 23 des Anhanges.

191) Diese betragen nach den bislang vorliegenden Klauseln dieser Art zwei Monate (vergl. die Beispiele 19 u. 23 des Anhanges).

192) Siehe Beispiel 17 des Anhanges, wo in der Minderleistungsklausel die Mitwirkung der Kreisbauernschaft als rechtsbegründende Voraussetzung für die Abweichung vom Tariflohn vorgeschrieben ist.

nen ein Vertrauensrat nicht besteht[193]). Darüber hinaus wäre es jedoch zulässig und vor allem zweckmäßig, die Rechtswirksamkeit der untertariflichen Lohnfestsetzung außer von einer Beratung im Vertrauensrat ausschließlich von dem Einvernehmen mit dem Kreisobmann der DAF. bzw. dem Kreisbauernführer abhängig zu machen. Lediglich als Ordnungsvorschrift brauchte weiterhin die Anzeige der untertariflichen Lohnfestsetzung beim Reichstreuhänder in die Klausel aufgenommen zu werden[194]).

Eine derartige in der TO. festgesetzte rechtsbegründende Mitwirkung der Deutschen Arbeitsfront bei der für Minderleistungsfähige vorzunehmenden Minderentlohnung würde auch durchaus in den vom Führer und Reichskanzler mit Verordnung vom 24. 10. 1934 festgesetzten Rahmen der Aufgaben dieser Organisation hineinpassen. Gemäß § 2 VO. „hat die Deutsche Arbeitsfront dafür zu sorgen, daß jeder einzelne seinen Platz im wirtschaftlichen Leben der Nation in der geistigen und körperlichen Verfassung einnehmen kann, die ihn zur höchsten Leistung befähigt und damit den größten Nutzen für die Volksgemeinschaft gewährleistet". Nach diesem Aufgabenkreis wäre die Deutsche Arbeitsfront sehr wohl dazu berufen, im Rahmen der Zulassung untertariflicher Entlohnung bei Minderleistung auf Grund einer tariflichen Ermächtigung und auf Antrag des Unternehmers zu untersuchen, ob alles unternommen worden ist, dem Minderleistungsfähigen einen geeigneten Arbeitsplatz zuzuweisen, an dem er vollwertige Arbeit leisten könnte. Dieses umso mehr, als in § 7 der genannten Verordnung weiter bestimmt ist: „Die Deutsche Arbeitsfront hat die Aufgabe, den Arbeitsfrieden dadurch zu sichern, daß bei den Betriebsführern das Verständnis für berechtigte Ansprüche der Gefolgsmänner erweckt und gegebenenfalls zwischen den berechtigten Interessen beider Parteien ein gerechter Ausgleich gefunden wird"[195]).

Auch nach dem Aufbau der Verwaltung der Deutschen Arbeitsfront ist eine authentische und im Hinblick auf den Arbeitseinsatz Minderleistungsfähiger erforderliche schnelle Bearbeitung des Ein-

---

[193]) Die Praxis zeigt auch, daß der Reichstreuhänder in weniger klaren Fällen ohnehin auf die Kenntnis der Deutschen Arbeitsfront von der Struktur des Betriebes durch Erfordern einer gutachtlichen Stellungnahme der zuständigen Kreisdienststelle zurückgreifen muß. Siehe auch S. 41, Anm. 181.

[194]) Auf die Anzeige der Minderentlohnung wird man zum mindesten aus Gründen der Information des Reichstreuhänders nicht verzichten können, damit eine allgemeine Überwachung der sozialpolitischen Auswirkungen von Minderleistungsklauseln im Interesse weiterer Entwicklung der Rechtsgestaltung gewährleistet ist.

[195]) Vergl. auch Gusko, Der Betriebsführer als Gestalter der Betriebsgemeinschaft, in NS.Soz.Pol. 1937, S. 313/14.

zelfalles gewährleistet. Der räumliche Aufgabenkreis einer Kreisdienstelle der Deutschen Arbeitsfront ist bei weitem kleiner als derjenige des zuständigen Reichstreuhänders der Arbeit. Zudem verfügt der Kreisobmann der DAF. über einen Mitarbeiterstab von Fachabteilungswaltern, die je eine bestimmte Gruppe von artgleichen Betrieben betreuen [196]). Daraus ergibt sich eine ganz genaue Kenntnis der Struktur des Betriebes und die notwendige Übersicht über vielleicht vorhandene geeignete Arbeitsplätze. Bei Rechtsfragen stehen dem Kreisobmann weiterhin die getrennt für Unternehmer und Gefolgschaftsmitglieder eingerichteten Rechtsberatungsstellen [197]) zur Seite. Die vor der Anzeige beim Reichstreuhänder der Arbeit erfolgte Feststellung des Einvernehmens mit dem Kreisobmann der DAF. bietet alsdann den Parteien grundsätzlich die Gewähr, daß ein Einspruch des Reichstreuhänders gegen die Minderentlohnung nicht zu erwarten ist. Das Risiko des Unternehmers, im Falle des Widerrufs durch den Reichstreuhänder der Arbeit für die bisherige Dauer des Arbeitsverhältnisses den Unterschiedsbetrag zum Tariflohn nachzahlen oder zukünftig den Tariflohn gewähren zu müssen, ist damit auf ein erträgliches Maß beschränkt und der zunächst unsichere Rechtszustand im Arbeitsverhältnis grundsätzlich beseitigt.

Falls die Aufnahme einer Minderleistungsklausel in die TO. in ganz besonders gelagerten Fällen aus sozialpolitischen Gründen ausnahmsweise als zweckmäßig anerkannt werden müßte, ist sie allenfalls in der Form zulässig und zweckdienlich, daß etwa bestimmt wird:

> „Bei genereller geistiger oder körperlicher Unfähigkeit, auf dem zugewiesenen Arbeitsplatz normalwertige Arbeit zu leisten, kann, wenn ein anderer geeigneter Arbeitsplatz im Betriebe nicht zur Verfügung steht, für den Gefolgsmann vom Führer des Betriebes — bei Bestehen eines Vertrauensrates, nach Beratung in diesem — eine von den tariflichen Lohnsätzen abweichende Vergütung festgesetzt werden. Die Rechtswirksamkeit der untertariflichen Lohnfestsetzung ist in jedem Falle von der Zustimmung des zuständigen Kreisobmanes der Deutschen Arbeitsfront abhängig. Dem Reichstreuhänder der Arbeit ist von der Festsetzung des untertariflichen Lohnes unter Beifügung einer schriftlichen Einverständniserklärung des Kreisobmannes der DAF Mitteilung zu machen."

Damit kommen wir zu dem Ergebnis, daß bei Minderleistung des Beschäftigten Abweichungen von der tariflichen Vergütung außerhalb des Herausnahmeverfahrens nach der 14. Durchführungsverordnung nur bei besonders schwierigen wirtschaftlichen Verhältnissen nach Maßgabe der oben gezeigten Minderleistungsklausel zulässig sind.

[196]) Siehe Arb.R.-Kartei, „Arbeitsfront" IV Aufbau 3.
[197]) Siehe § 11 AGG.

Eine weitergehende Lockerung des Unabdingbarkeitsgrundsatzes kann im Interesse des Schutzes aller Beschäftigten der von der Tarifregelung erfaßten Betriebe nicht geduldet werden. Man hat zwar im früheren Tarifrecht die Auffassung vertreten, daß eine tarifliche „Zulassung" in einem durch das konkrete voraussehbare Bedürfnis bestimmten Umfang dazu geeignet sei, den zahlreichen Versuchen, die Unabdingbarkeit zu umgehen, einen Riegel vorzuschieben[198]). Jedoch hat die Praxis, glaube ich, die Vertreter dieser Auffassung enttäuscht. Auch im geltenden Recht kann der Schutzzweck der TO., soweit deren Erlaß tatsächlich zwingend geboten ist, nur dadurch gewährleistet werden, daß dem Grundsatz der Unabdingbarkeit der Tarifnormen totale Geltung verschafft wird.

Von den Reichstreuhändern der Arbeit hingegen muß verlangt werden, daß sie in Erkenntnis ihrer Verantwortung gegenüber dem sozialen Problem der Arbeitsbeschaffung für Minderleistungsfähige in verständiger, den berechtigten Interessen beider Parteien gerecht werdender Weise von den ihnen vom Gesetzgeber verliehenen Befugnissen nach der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. Gebrauch machen. Im übrigen werden die Reichstreuhänder auch unter Beachtung der Minderleistungsfähigenfrage an die tarifliche Rechtsgestaltung das vom Gesetzgeber in § 32 AOG. bestimmte Maß legen müssen, sodaß es tatsächlich nur dort zum Erlaß einer TO. kommt, wo der Schutz der Beschäftigten dieses zwingend gebietet[199]). Im Hinblick auf die umfassende Betreuung aller Betriebe durch die Deutsche Arbeitsfront wird es auch sicherlich nicht immer erforderlich sein, die Tarifregelung schematisch auf alle Betriebe eines bestimmten Gewerbes zu erstrecken. Sofern indessen eine gewisse Einheitlichkeit der Entlohnung in verschiedenen Berufen wünschenswert sein sollte, würde bei den meisten Betrieben der Erlaß von Richtlinien eine ausreichende Maßnahme darstellen. Man konnte vor der Geltung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit gewiß von einer allgemeinen Tarifregelung sprechen, als ein engmaschiges Netz von Tarifverträgen die gesamte deutsche Wirtschaft überspannte. Dieses Tarifnetz ist aber heute noch dichter geworden, obwohl solch ein Rechtszustand nach geltendem Recht durchaus nicht erwünscht ist[200]) und die allgemeinen sozialen Verhältnisse heute doch sicherlich keineswegs

---

[198]) Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 257.

[199]) Vergl. auch die Ausführungen auf Seite 23.

[200]) Vergl. auch: Dersch, Komm., S. 201, Anm. 3 zu § 32; Bodmann, a. a. O., S. 383 f; Mansfeld-Pohl, Komm., S. 349, Vorbemerkung zu § 32, und Einleitung S. 16 f; Gusko, Der Betriebsführer als Gestalter der Betriebsgemeinschaft, in NS.Soz.Pol. 1937, S. 308; Schütte, Die Betriebsordnung im Spiegel des Arbeitslebens, in NS.Soz.Pol. 1937, S. 316.

mehr eine derartige Tarifüberwucherung der Wirtschaft erfordern. Bei zahlreichen Betrieben könnte ohne Bedenken die Rechtsgestaltung durch den Reichstreuhänder der Arbeit der freien Entfaltung der Betriebsgemeinschaft und einer elastischen Betreuung durch die Deutsche Arbeitsfront Platz machen. Dieses entspräche vollauf dem Sinne der Verordnung des Führers und Reichskanzlers vom 24. 10. 1934 über Wesen und Ziele der Deutschen Arbeitsfront. Nicht eine größere Elastizität der einzelnen Tarifordnung, sondern eine allgemeine Lockerung der tariflichen Rechtsgestaltung wäre am Platze.

3. Die rechtliche Bedeutung der Minderleistungsbestimmungen in den als Tarifordnung weitergeltenden Tarifverträgen.

Die bisherige Erörterung des Problems der untertariflichen Entlohnung bei Minderleistung des Beschäftigten führte — wie wir sahen — zu dem Ergebnis der Totalität des Unabdingbarkeitsgrundsatzes im heutigen Tarifrecht. Diese Feststellung ergab sich zwangsläufig als eine rechtliche Konsequenz aus dem absoluten Schutzcharakter der Tarifordnung des AOG.

Der Wandel vom kollektiv vereinbarten zum staatlich gesetzten Tarifrecht brachte nun die sozialpolitische Notwendigkeit einer zeitweiligen Verwendung früherer Tarifverträge während der Dauer einer Übergangszeit mit sich. Um den Bestimmungen der alten Tarifverträge nach geltendem Recht den Charakter vertragsergänzender Rechtssätze zu verleihen, hat der Gesetzgeber im § 72 AOG. und in den Anordnungen über die Weitergeltung von Tarifverträgen als Tarifordnung vom 21. 6. 1934 und 25. 9. 1934 eine Reihe für die Übergangszeit bedeutsamer Bestimmungen getroffen[201]). Danach gelten die am 30. 4. 1934 noch gültig gewesenen Tarifverträge auch noch heute als Tarifordnungen weiter, soweit der zuständige Reichstreuhänder der Arbeit, ein vom Reichsarbeitsminister bestellter Sondertreuhänder oder der Reichsarbeitsminister selbst nicht bereits deren Ablauf angeordnet haben. Dabei ist in den genannten Anordnungen ausdrücklich bestimmt worden, daß die in Frage kommenden Tarifverträge „unverändert" als TO. weitergelten sollen.

Für die Erörterung des Problems der untertariflichen Entlohnung bei Minderleistung steht daher noch die Frage offen, wie die Minderleistungsbestimmungen in den als TO. weitergeltenden Ta-

---

[201]) Vergl. hierzu auch Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl. S. 307/8, Anm. 53, 54, 55 zu § 32; Dersch, Komm., S. 355, Anm. 2 zu § 72, Mansfeld-Pohl, Komm., S. 558 f.

rifverträgen im geltenden Recht zu behandeln sind. Die bereits zitierten Anordnungen des Reichsarbeitsministers bestimmen in Ziffer III, daß die Entgeltsätze dieser als TO. weitergeltenden Tarifverträge nur insoweit als Mindestsätze anzusehen sind, als dieses nach früherem Recht anzunehmen ist. Ausdrücklich ist damit für die Behandlung der alten Tarifverträge nur insofern eine Abweichung vom Recht des AOG. vorgesehen, als die Bestimmungen des § 32 Abs. II Satz 1 (§ 29) AOG. nicht zur Anwendung kommen. Sind also nach früherem Tarifrecht die Tariflohnsätze Höchstsätze, so bleibt als einzige Ausnahme diese nach dem heutigen Recht ungültige Bestimmung bestehen[202]). Im übrigen gelten die Tarifverträge eben als Tarifordnung im Sinne der heutigen Arbeitsverfassung weiter. Damit übernimmt der der anordnenden Stelle nachgeordnete Reichstreuhänder, der durch Erlaß einer neuen TO. inzwischen jederzeit in der Lage wäre, sich etwa unerwünschten Folgen dieser Anordnungen zu entziehen, die Verantwortung für den weitergeltenden Tarifvertrag wie für eine von ihm erlassene TO. Kraft gesetzlicher Fiktion gilt der bisherige Tarifvertrag nunmehr als vom Reichstreuhänder erlassene Tarifordnung mit allen Folgerungen. Eine andere Auslegung ist mangels weiterer Einschränkungen in den gesetzlichen Bestimmungen und mit Rücksicht auf das Bedürfnis von Praxis und Rechtsprechung nach klaren Rechtsgrundsätzen nicht angängig[203]). Die Rechtswirkung der als TO. verlängerten Tarifverträge richtet sich also nach neuem Recht[204]). D. h. es handelt sich auch hier um eine kraft gesetzlicher Fiktion zum Schutze der Beschäftigten erfolgte Regelung der Arbeitsbedingungen durch zwingend ergänzende Rechtsnormen.

Damit unterliegen auch die in diesen als TO. weitergeltenden Tarifverträgen enthaltenen Minderleistungsbestimmungen der in den vorstehenden Kapiteln angestellten Prüfung der Vereinbarkeit solcher Vorschriften mit dem Schutzcharakter der Tarifordnung. Diese Feststellung ist vor allem deshalb bedeutsam, weil eine beachtliche Anzahl der weitergeltenden Tarifverträge Zulassungsbestimmungen enthalten, die nach ihrer allgemeingehaltenen Fassung[205]) in einem Umfang Abweichungen von den Tariflohnsätzen gerechtfertigt erscheinen lassen müßten, daß sie im Rechtsverkehr besonders im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtsprechung empfindliche Störungen hervorrufen würden. Da aber die als TO.

---

[202]) Vergl. Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 309, Anm. 55 zu § 32. Vergl. aber die inzwischen erlassene VO. vom 25. 6. 38 über die Lohngestaltung und hierzu S. 18, Anm. 67.

[203]) Siehe RAG. v. 13. 7. 1935 in Arb.R. Samml. Bd. 24, S. 97.

[204]) Vergl. Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 309, Anm. 55 zu § 32.

[205]) Siehe u. a. die Beispiele 37 und 38 des Anhanges.

weitergeltenden Tarifverträge hinsichtlich ihrer Wirkung nach den Grundsätzen des neuen Rechts zu behandeln sind, müssen derartige Zulassungsbestimmungen entsprechend den Ausführungen im vorigen Kapitel[206]) als nichtig angesehen werden. Der Tarifvertrag ist so anzuwenden, als ob eine Zulassungsnorm nicht bestünde.

Auch die Minderleistungsbestimmungen, die häufig in diesen Tarifverträgen enthalten sind, üben keine Rechtswirkung auf die Tarifnormen über die Lohnhöhe aus, da auch diese Bestimmungen — wie oben dargelegt — nicht mit dem Charakter der TO. vereinbar und auch in der bisher verwandten Form nicht geeignet sind, den rechtspolitischen Erfordernissen, mit denen in Ausnahmefällen ihre Zulässigkeit begründet werden könnte, gerecht zu werden. Wenn auch eine verbreitete Meinung in Praxis und Wissenschaft[207]) wie bei der neuen Rechtsgestaltung durch den Reichstreuhänder der Arbeit so auch bei den aus dem alten Recht übernommenen Tarifverträgen die Minderleistungsbestimmung für rechtsgültig hält, so lassen Aufrufe der Reichstreuhänder[208]), Unterschreitungen der Tariflöhne nur auf Grund von Einzelverfügungen nach der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. vorzunehmen, erkennen, daß auch von diesen Stellen der tariflichen Zulassung von Abweichungen, besonders aber der Anwendung von Minderleistungsbestimmungen in den verlängerten Tarifverträgen immer größere Bedenken entgegengebracht werden. Eine besondere Beachtung haben dabei die Minderleistungsbestimmungen gefunden, die eine Mitwirkung der früheren Betriebsvertretung bei Festsetzung der Minderentlohnung vorschreiben. Über die heutige rechtliche Bedeutung dieser konkreten Voraussetzung bestehen erheblich von einander abweichende Ansichten. Da der Vertrauensrat nicht wie der frühere Betriebsrat die gesetzliche Betriebsvertretung, sondern ein Organ der gesamten Betriebsgemeinschaft ist, dem der Führer des Betriebes selbst angehört, kann auch die untertarifliche Entlohnung nicht mehr mit ihm vereinbart werden. Desgleichen ist eine Abstimmung im Vertrauensrat als Ersatz für die zuweilen in der Klausel vorgesehene Zustimmung des Betriebsrates nicht statthaft, da den Vertrauensmännern im Vertrauensrat lediglich eine beratende Tätigkeit eingeräumt ist.

---

[206]) Siehe Seite 23.

[207]) Vergl. Nipperdey in Arb.R. Samml., Bd. 24, S. 44/45; Grub in Arb.R.-Kartei, „Tarifordnung", Einzelfragen 6 b; LAG. in Arb.R. Samml., Bd. 24, S. 38 f; RAG. in Arb.R. Samml., Bd. 26, S. 280 f; Reichstreuhänder für Schlesien in Amtl. Mittl. 1936, S. 168.

[208]) So z. B. Reichstreuhänder d. A. f. d. Wirtschaftsgeb. Schlesien in Arb.R.-Kartei, Tagesfragen 251 c.

Von den Arbeisgerichten wird nun vielfach die Ansicht vertreten, daß in diesen Fällen der Betriebsführer allein nach gewissenhaftem, notfalls durch das Gericht nachprüfbarem Ermessen die Lohnkürzung anordnen kann[209]). Diese Auffassung wird anscheinend auf § 315 BGB. gestützt, wonach nunmehr die Bestimmung des Entgelts durch den Unternehmer als einen der Vertragsschließenden im Sinne des § 315 BGB. erfolgen könnte. Dann müßte die Bestimmung nach billigem Ermessen zu erfolgen haben und nach § 315 III BGB. die Nachprüfung durch das Gericht zulässig sein.

In einer anderen Entscheidung[210]) wird wiederum die Auffassung vertreten, daß der Reichstreuhänder der Arbeit dafür zuständig sein müßte, die nach früherem Recht dem „sozialen Gegenspieler" in Tarifverträgen und ähnlichen Normenquellen übertragenen Befugnisse der hier in Frage stehenden Art auszuüben.

Die Meinung, daß die in den Tarifverträgen vorgesehene Mitwirkung der früheren Betriebsvertretung in jedem Falle durch die Genehmigung des zuständigen Reichstreuhänders zu ersetzen sei, wird auch von den Reichstreuhändern selbst vertreten[211]).

Nipperdey[212]) gelangt zu ähnlichen Ergebnissen, jedoch auf anderem Wege. Man müsse zunächst zwei Möglichkeiten des rechtswirksamen Zustandekommens einer Minderlohnfestsetzung unter Mitwirkung des Betriebsrates nach früherem Tarifrecht unterscheiden. Einmal sei es möglich, daß zur Lohnfestsetzung für Minderleistungsfähige neben der Zustimmung der gesetzlichen Betriebsvertretung noch eine arbeitsvertragliche Abrede mit dem betreffenden Gefolgsmann notwendig sein soll[213]). Es handele sich also dann um eine Gebundenheit des Unternehmers an eine doppelte Zustimmung zur Minderentlohnung (des Arbeiters und der Betriebsvertretung). Durch den Fortfall der Betriebsvertretung sei die Ermächtigung zur Abweichung von den tariflichen Lohnsätzen nicht zu einem „einseitigen Diktieren" geworden, es würde immer noch die Notwendigkeit bleiben, daß der Gefolgsmann der Lohnminderung zustimmt, da ein Vertragsabschluß zwischen den Arbeitsvertragsparteien erfolgen müsse[214]).

Die zweite Möglichkeit sei die, daß der Unternehmer und die Betriebsvertretung den geringeren Lohn ohne Änderung des Ar-

---

[209]) So z. B. RAG. in Arb.R. Samml., Bd. 26, S. 280 f; siehe auch die Anm. Nipperdey's zu dem genannten Urteil, ebendort, S. 283.

[210]) Siehe LAG. in Arb.R. Samml., Bd. 24, S. 38 f.

[211]) Siehe Reichstreuhänder für Schlesien in Amtl. Mittl. 1936, S. 168; ders. in Arb.R.-Kartei, Tagesfragen 251 c; Reichstreuhänder für Sachsen in Arb.R.-Kartei, Tagesfragen 112 Nr. 4.

[212]) Siehe Anmerkung in Arb.R. Samml., Bd. 24, S. 44/45.

[213]) Siehe auch die Beispiele 29 und 37 des Anhanges.

[214]) Vergl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. 2, S. 72, 104 u. 362.

beitsvertrages, also ohne Zustimmung des Gefolgsmannes, nach §§ 315, 317 II BGB. gemeinsam festzusetzen berechtigt seien[215]). Bei dieser Fassung der Minderleistungsbestimmung des verlängerten Tarifvertrages ergäben sich auch keine weiteren Schwierigkeiten für die Anwendung im neuen Recht. Denn nach Fortfall der gesetzlichen Betriebsvertretung könnte diese nicht mehr bei der Lohnfestsetzung mitwirken, wie das in der Minderleistungsklausel vorgesehen sei, und für diesen Fall sehe § 319 Absatz I letzter Satz BGB. ausdrücklich die Bestimmung des Minderlohnes durch das Gericht vor[216]). Zuständig seien in solchen Fällen, solange der Reichstreuhänder der Arbeit den Tarifvertrag nicht geändert habe, nach ausdrücklicher Regelung im § 319 BGB. die Gerichte und nicht, wie die Gerichte häufig annähmen, der Reichstreuhänder der Arbeit.

Selbst wenn man die hier vertretene Ansicht nicht teilen sollte, daß Minderleistungsbestimmungen in der bisher im alten und neuen Recht verwandten Fassung schlechthin unzulässig sind, so kann heute aber keineswegs den Minderleistungsklauseln, die in irgendeiner Form die Mitwirkung der früheren Betriebsvertretung vorschreiben, eine Rechtswirkung auf die Tarifnormen über die Lohnhöhe beigemessen werden. Sie sind gegenstandslos und damit als nichtig zu behandeln. Der Sinn und Zweck dieser konkreten Voraussetzung früherer Tarifverträge war, wie es im heutigen Recht namentlich bei der Genehmigung des Reichstreuhänders der Fall ist, die Einschaltung einer dritten Instanz zur aktiven Mitwirkung bei der Lohnfestsetzung. Es sollte dieser Instanz ein direktes Mitbestimmungsrecht zur Vermeidung einer willkürlichen Umgehung des Unabdingbarkeitsgrundsatzes eingeräumt werden. Wenn die Anordnungen über die Weitergeltung von Tarifverträgen als TO. aber bestimmen, daß die Tarifverträge „unverändert" weitergelten, so können nur solche Normen Geltung behalten, deren Tatbestandsmerkmale tatsächlich in ihrer vollen Bedeutung auch heute noch erfüllt werden können. Ein betriebliches Organ, das zu einer direkten Mitbestimmung herangezogen werden könnte, besteht aber heute nicht mehr. Die beratende Tätigkeit der Vertrauensmänner ist wiederum kein Ersatz für die Voraussetzung der direkten Mitbestimmung der früheren Betriebsvertretung, während der Reichstreuhänder der Arbeit als Schöpfer der Tarifregelung kein betriebliches Organ ist, so daß seine Mitwirkung für die Erfüllung des Tatbestandes der Minderleistungsklausel ausscheidet. Wollte man aber in den Fällen, in denen die Minderleistungsbe-

---

215) Siehe auch Beispiel 30 des Anhanges.

216) Vergl. auch Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. II, S. 105; RAG. in Arb.R. Samml., Bd. 7, S. 183.

stimmung nach Wortlaut oder Inhalt eine Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches der TO. darstellt[217]), gemäß § 319 BGB. an Stelle der Mitwirkung der Betriebsvertretung die Entscheidung des Grichts setzen, so ist dagegen einzuwenden, daß zum mindesten die objektive Möglichkeit der Mitwirkung einer betrieblichen Instanz vorhanden sein müßte. Die Rechtswirksamkeit der Minderleistungsbestimmung fällt daher in jedem Falle wegen objektiver Unmöglichkeit der Erfüllung des tariflichen Tatbestandes mangels eines zur Mitwirkung bei der Lohnfestsetzung berufenen Betriebsorgans fort[218]). Die Bestimmung ist heute gegenstandslos und nichtig[219]). Eine untertarifliche Entlohnung bei Minderleistung des Beschäftigten ist nur auf Grund einer Verfügung des Reichstreuhänders der Arbeit nach Maßgabe der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. zulässig.

C. Das Günstigkeitsprinzip.

Nach der aus dem Charakter der TO. gezogenen rechtlichen Konsequenz, daß die Minderleistung des Beschäftigten bei der Tariflohngestaltung durch den Reichstreuhänder der Arbeit grundsätzlich nicht in einer Klausel berücksichtigt werden darf, soll nicht verabsäumt werden, die Frage der untertariflichen Entlohnung bei Minderleistung des Beschäftigten auch unter Berücksichtigung des Günstigkeitsprinzips zu behandeln. Im Hinblick auf die im Tarifvertragsrecht vereinzelt hervorgetretene Meinung[220]), daß unter gewissen Umständen die untertarifliche Enlohnung als eine Günstigerstellung des Beschäftigten angesehen werden müsse, glaube ich, im Interesse einer erschöpfenden Behandlung des Themas auf eine Auseinandersetzung mit der Auslegung des Günstigkeitsprinzips in dieser Richtung nicht verzichten zu können, da vielleicht auch die Minderleistungsfähigkeit des Beschäftigten zu ähnlichen gewagten Konstruktionen Anlaß geben könnte.

---

[217]) Siehe hierzu S. 24/25.

[218]) Anders Kallee in Arb.R.-Kartei, Tagesfragen 112 Nr. 4. Unter Außerachtlassung des absoluten Führerprinzips nach der Ordnung der nationalen Arbeit wird dort die Auffassung vertreten, daß in sinngemäßer Auslegung der alten Minderleistungsklausel minderleistungsfähige Beschäftigte mit Zustimmung des Vertrauensrates entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit entlohnt werden dürfen.

[219]) Ebenso DAK. Nr. 111 vom 21. 5. 1937: „Die Entlohnung minderleistungsfähiger Gefolgschaftsmitglieder"; NS.Soz.Pol. 1937 Nr. 10, S. 232.

[220]) Vergl. Gew. Ger. Oberlahnstein in SchliW. 1924, S. 177; LG. Bautzen in N. Z. f. A. 1925, S. 553; AG. Coburg, SchliW. 1926, S. 141 f.

Die Inhaltsnormen der TO. haben insoweit den Charakter zwingender Rechtssätze, als Abweichungen nur dann zulässig sind, wenn sie eine Günstigerstellung des Beschäftigten bedeuten [221]). Einzelvertragliche Abreden der Beteiligten oder Bestimmungen in der Betriebsordnung sind also als Abweichungen von den Tarifbestimmungen rechtswirksam, sobald der Beschäftigte durch sie besser gestellt ist. Dieser Grundsatz der Günstigkeit im Verhältnis von Tarifnorm zur Betriebsnorm oder Vertragsabrede folgt aus § 32 II in Verbindung mit § 29 AOG.; er kann nach heutigem Recht niemals durch den Reichstreuhänder der Arbeit ausgeschlossen werden [222]).

Auch im früheren Tarifrecht galt das Günstigkeitsprinzip, allerdings mit der Einschränkung, daß die Vereinbarung günstigerer Arbeitsbedingungen im Tarifvertrag ausdrücklich ausgeschlossen werden konnte (§ 1 TVO.).

Die Bestimmungen, die heute fähig sind, die Unabdingbarkeit zu Gunsten der Beschäftigten außer Kraft zu setzen, sind die Vereinbarung im Arbeitsvertrag und die Bestimmung in der Betriebsordnung. Es entsteht dann die Frage, wie diese Bedingungen zu vergleichen sind. Früher war dieses sehr streitig. Auch das AOG. hat nicht ausdrücklich angegeben, nach welchen Grundsätzen eine solche Besserstellung des Beschäftigten beurteilt werden soll. So sagen denn auch Mansfeld-Pohl [223]), daß die Frage, „wann eine günstigere vertragliche Vereinbarung vorliegt, schwer zu entscheiden ist".

Man könnte nun von vornherein sagen, daß, da wir Tarifnorm einerseits und Betriebsnorm oder Vereinbarung andererseits einander gegenübergestellt haben, damit die Vergleichsebene angegeben sei. Das war auch der Standpunkt der früher herrschenden Lehre [224]). Demgegenüber hat man aber in gewissen Fällen die Tarifnorm auch mit dem Zustand der Nichtbeschäftigung verglichen. Namentlich aus den Schwierigkeiten, die sich aus der damals allgemein schlechten Wirtschaftslage für ein Unternehmen ergeben konnten, wenn Tariflöhne nicht mehr tragbar waren und eine Abweichung vom Tarifvertrag wegen Ermangelung einer allgemeinen Zulassungsnorm nicht zulässig war, hatte man nach einem Ausweg

---

221) Siehe Mansfeld-Pohl, Komm., S. 377, Anm. 11 c zu § 32.

222) Vergl. auch Dersch, Komm., S. 213, Anm. 8 b zu § 32; Mansfeld-Pohl, Komm., S. 377, Anm. 11 c zu § 32; Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 1. Aufl., S. 343, Anm. 191 zu § 32. Vergl. aber S. 18, Anm. 67.

223) Mansfeld-Pohl, Komm., S. 377, Anm. 11 c zu § 32.

224) Hueck-Nipperdey, Lehrb., Bd. 2, S. 262, 266; Hueck, Tarifrecht, S. 61 f; Potthoff in AR. 1925, S. 111 u. 546; Molitor, Komm., S. 71; Neumann, a. a. O., S. 104; RAG. in Arb.R. Samml., Bd. 2, S. 1 f; Bd. 3, S. 127, 156; Bd. 4, S. 176; Bd. 10, S. 333; Bd. 11, S. 67.

gesucht [225]). Man erklärte, daß „bei Würdigung der gesamten Sachlage" eine Änderung der Arbeitsbedingungen zu Gunsten der Beschäftigten gegeben wäre, wenn ein Unternehmer infolge der ungünstigen wirtschaftlichen Lage und der dadurch drohenden Stilllegung des Betriebes den Beschäftigten das Angebot machen müßte, zu untertariflichen Arbeitsbedingungen zu arbeiten. Würden die Beschäftigten diese Bedingungen nicht annehmen, dann müßte der Unternehmer seinen Betrieb stillegen, und sie würden ihre Arbeitsstelle verlieren. Die Arbeitslosenunterstützung wäre aber noch geringer als der untertarifliche Lohn. Das Unabdingbarkeitsprinzip könnte aber nur so weit gehen, als es dem Schutze der Beschäftigten diene. Wenn es sich aber gegen sie kehre, dann müsse es versagen, denn dann brächte es ihnen keinen Nutzen mehr. In einem solchen Falle wäre eine Durchbrechung der Unabdingbarkeit als eine Günstigerstellung des Beschäftigten gegenüber den Tarifbestimmungen zu bejahen. Man verglich also in diesem Falle die Tarifnorm mit dem Zustand der Nichtbeschäftigung.

In ähnlicher Weise ist auch die Auffassung vertreten worden, daß die Vereinbarung untertariflicher Löhne bei Minderleistung sich nicht einseitig für den Unternehmer vorteilhaft auswirke, sondern auch für den Beschäftigten „günstig" sei [226]). Nur durch die Minderentlohnung sei es möglich, Minderleistungsfähige, wie Invaliden, Jugendliche usw., in Arbeit und Verdienst zu halten. Andernfalls würden sie als Erwerbslose der Allgemeinheit zur Last fallen.

Wollte man der oben dargelegten Auffassung von der Günstigkeit folgen, indem man die Tarifnorm auch mit dem Zustand der Arbeitslosigkeit vergleicht, so würde gewiß auch die Tatsache der Minderleistungsfähigkeit des Beschäftigten unter Umständen zu der Feststellung führen, daß die untertarifliche Vergütung für nicht volleistungsfähige Personen immer noch günstiger sei als der alleinige Bezug der Arbeitslosenunterstützung oder einer Rente. Ein solcher Vergleich könnte namentlich in den Gebieten angestellt werden, in denen nach der wirtschaftlichen Struktur unverhältnismäßig viel Erwerbsbeschränkte in den Arbeitsprozeß einzugliedern sind [227]), sodaß es vielleicht im Interesse aller Minderleistungsfähigen liegen würde, die Arbeitslosigkeit durch die Minderentlohnung abzuwenden. Gewissermaßen müßten diese Personen das kleinere Übel (geringere Entlohnung) dem größeren (Arbeits- und Verdienstlosigkeit) vorziehen. Ja, vielleicht könnte man zur Unter-

[225]) Gew. Ger. Oberlahnstein, SchliW. 1924, S. 177; LG. Bautzen, NZfA. 1925, S. 553; AG. Coburg, SchliW. 1926, S. 141 f.

[226]) So Kronenberg, Die Ausnahmen von der Unabdingbarkeit der Tarifnormen, Diss. Leipzig 1929, S. 18 f.

[227]) Siehe S. 37, Anm. 169.

stützung dieser Ansicht noch anführen, daß für den Minderleistungsfähigen die Wahl zwischen diesen beiden wirtschaftlichen Stellungen garnicht so schwer sei wie für den Volleistungsfähigen bei drohender Stillegung des Betriebes, da er doch auch im Falle der Beschäftigung als Invalide, Unfallverletzter oder Kriegsbeschädigter seine Rente weiterbezöge, während jener neben dem Verdienst keine Arbeitslosenunterstützung erhalte.

Die herrschende Meinung[228]) des früheren Tarifrechts hielt gegenüber dieser Auffassung von der Günstigkeit der Arbeitsbedingungen daran fest, daß nicht ein Vergleich mit der infolge allgemeiner Umstände vielleicht nötig gewordenen Nichtbeschäftigung stattzufinden hätte, sondern es dürften nur die einzelnen Tarifbestimmungen mit den Bestimmungen des Arbeitsvertrages oder der Betriebsvereinbarung verglichen werden. Was dann günstiger wäre, müßte ausschlaggebend sein. „Es ist also immer von dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses auszugehen, und es können allgemeinwirtschaftliche Erwägungen, daß unter Umständen ein Arbeitsvertrag mit ungünstigeren Bedingungen günstiger erscheinen könne als ein Zustand ohne Arbeit, für die Entscheidung der Frage, ob eine vom Tarifvertrag abweichende Vereinbarung eine Änderung zugunsten des Arbeitnehmers enthält oder nicht, nicht in den Kreis der Erörterungen gezogen werden“ [229]). Es wäre sonst jederzeit eine Durchbrechung der Unabdingbarkeit, die doch zum Schutze der Beschäftigten geschaffen worden sei, möglich. Denn es wären mit der Durchbrechung nicht nur Vorteile, sondern auch Nachteile für die Arbeiter verbunden.

Diese Schwierigkeiten bei der Entscheidung über die Günstigkeit im Verhältnis von Tarifnorm zu Betriebsnorm und Einzelvereinbarung hat das AOG. klar und einfach gelöst. Es hat die Ergebnisse beider Ansichten in glücklicher Weise berücksichtigt.

Die Tarifordnung ergeht von einem Staatsorgan, wenn es zum Schutze der Beschäftigten zwingend geboten ist. Man bedenke, daß nur unter diesen engen Voraussetzungen eine TO. erlassen werden kann. Sie ist das letzte und stärkste Eingriffsmittel des Reichstreuhänders der Arbeit in das Wirtschaftsleben. Es muß also notwendig sein, den Schutz der Beschäftigten gerade durch Erlaß einer TO. zu erreichen. Die Tarifnormen sind außerdem Mindestbedingungen. Sie dürfen daher von den Arbeitsvertragspartnern nie unterschritten werden. Mit dem Wort „Mindestbedingungen“ hat das Gesetz schon die Vergleichsebene zwischen Tarifordnung und Betriebsordnung oder Arbeitsvertrag angegeben. Mit diesem absoluten Schutzcharakter und der Rechtsnatur der Tarifordnung als

---

[228]) Siehe S. 53, Anm. 224.
[229]) RAG. in Arb.R. Samml., Bd. 2, S. 4.

Rechtsverordnung verträgt es sich nicht, daß ein Unternehmer von den Tarifnormen nach unten abgeht und der Arbeiter sich damit als einer „Günstigerstellung" einverstanden erklärt, wenn andernfalls für Minderleistungsfähige keine Beschäftigungsmöglichkeiten vorhanden sind oder vielleicht auch die Stillegung des Betriebes droht[230]). So wird man die untertarifliche Entlohnung auch in diesen Fällen nicht nur als eine Verletzung der Betriebsgemeinschaft und unter Umständen als Verstoß gegen die soziale Ehre auffassen müssen (§ 2, 36 Ziff. 1 AOG.)[231]), sondern sie ist auch im Wiederholungsfalle strafbar nach § 22 AOG.[232]). Der Gesetzgeber hat dabei keineswegs übersehen, daß unter gewissen Umständen, so auch bei Minderleistung des Beschäftigten, ein Ventil zum Ausgleich von Härten für beide Parteien erforderlich ist. So ist denn auch hier festzustellen, daß mit der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. jeder anderweitigen Unterschreitung der tariflichen Lohnsätze und damit auch etwa gewagten Konstruktionen bei der Feststellung der Günstigkeit solcher von der Tarifregelung abweichender Lohnabreden endgültig der Boden entzogen ist[233]).

Bei einer Abänderung der Arbeitsbedingungen zu Gunsten des Beschäftigten ist immer nur ein Vergleich zwischen den Bestimmungen der TO. und den entsprechenden der Betriebsordnung oder des Arbeitsvertrages zulässig. Es kommt bei Minderleistungsfähigen nicht etwa darauf an, ob diese Beschäftigten zu den Tarifbedingungen ihren Arbeitsplatz behalten oder überhaupt Arbeit finden können und ob der Zustand der Arbeitslosigkeit für sie noch ungünstiger als die Minderentlohnung ist. Untertarifliche Lohnbestimmungen für Minderleistungsfähige in Betriebsordnungen — Abweichungenvon der Tarifregelung, die zuweilen in der Praxis beobachtet werden müssen — sind demzufolge nichtig, der Minderleistungsfähige behält trotzdem seinen Anspruch auf den vollen Tariflohn.

D. Der Einfluß der Minderleistung auf den Tariflohnanspruch bei der Akkordarbeit.

Die bisherige Behandlung des Themas befaßte sich mit dem Einfluß der Minderleistung des Beschäftigten auf den tariflichen Zeitlohnanspruch. Abschließend soll zu der Frage Stellung genom-

230) Siehe besonders RAG. in Arb.R. Samml., Bd. 24, S. 93.
231) Vergl. Mende in DKP. Heft 24, Bl. 87.
232) Ebenso Mansfeld-Pohl, Komm., S. 284, 379.
233) Vergl. hierzu namentlich RAG. in Arb.R. Samml., Bd. 24, S. 93 f.

men werden, ob der tarifliche Zeitlohn auch bei der Akkordarbeit wegen Minderleistung [234]) nicht unterschritten werden darf. Dieses ist zur Zeit ein noch sehr umstrittenes Problem.

Für die Gestaltung des Akkordlohnes ergeben sich bei einer tariflichen Regelung der Arbeitsbedingungen folgende Möglichkeiten:

1. Die TO. enthält überhaupt keine Akkordbestimmung, sodaß die Gestaltung des Akkordlohnes gemäß § 27 Ziffer 3 AOG. der Betriebsordnung oder in Betrieben, die nicht betriebsordnungspflichtig sind, dem Arbeitsvertrage überlassen bleibt.
2. Die TO. enthält zwar Akkordbestimmungen, aber keine ausdrückliche Garantie des Zeitlohnes [235]).
3. Die TO. garantiert bei Akkordarbeit in jedem Falle den tariflichen Mindeststundenlohn [236]).

Soweit der tarifliche Stundenlohn auch bei der Akkordarbeit in jedem Falle garantiert wird, gelten für die untertarifliche Entlohnung bei Minderleistung des Akkordarbeiters die in den vorigen Kapiteln aufgestellten Grundsätze. D. h. eine Unterschreitung des tariflichen Mindestzeitlohnes ist bei Minderleistung auch hier nur nach Herausnahme des betreffenden Arbeitsverhältnisses aus der Tarifregelung nach Maßgabe der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. zulässig. Einzelne Tarifordnungen enthalten darüber hinaus auch für die Akkordarbeit Minderleistungsbestimmungen in der Form, daß etwa bestimmt wird: „Den Akkordarbeitern wird als Mindestlohn der Stundenlohn garantiert, wenn sie nicht aus in ihrer Person liegenden Gründen eine außergewöhnliche Minderleistung aufweisen" [237]), oder „Der Anspruch auf den tariflichen Stundenlohn bleibt, soweit nicht Minderleistungsfähigkeit nach B I Ziffer 7 vorliegt" [238]). Die rechtliche Zulässigkeit solcher Minderleistungsbestimmungen unterliegt der gleichen Prüfung wie beim tariflichen Zeitlohn, denn auch hier ist dieser nach ausdrücklicher Tarifregelung zum Schutze der Beschäftigten garantierter Mindest-

---

[234]) Beim Akkordvertrage ist häufig auch für die verschuldete Schlechtleistung der Ausdruck „Minderleistung" gebräuchlich. Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist aber — wie in den vorigen Abschnitten — lediglich die Minderleistung im Sinne der Defination auf S. 11.

[235]) Siehe die Tarifordnungen in RABl. 1936, S. VI 38, § 4; S. VI 86, § 8; S. VI 133, § 7; S. VI 161, § 4.

[236]) Siehe die Tarifordnungen in RABl. 1936: S. VI 232, § 11; S. VI 430, § 6; S. VI 567, V Ziff. 3; S. VI 608, B II Ziff. 1; S. VI 703, § 5. Vergl. auch zum früheren Tarifrecht: RTV. für das Baugewerbe, Akkordvereinbarung vom 3. 3. 33 Ziff. 3; TV. für das rheinisch-westfälische Steinkohlenrevier von 1927.

[237]) Vergl. TO. in RABl. 1936, S. VI 430, § 6.

[238]) Vergl. TO. in RABl. 1936, S. VI 608, B II Ziff. 1.

lohn, bei dem der Grundsatz der Unabdingbarkeit Anwendung findet.

Schwieriger ist die Frage der Zulässigkeit einer Unterschreitung des Tarifstundenlohnes bei Minderleistung, wenn in der TO. eine Akkordsicherung nicht in der Form enthalten ist, daß immer der tarifliche Zeitlohn garantiert ist. Im neueren Schrifttum [239]) wird gegenüber diesem Fall der Akkordlohngestaltung die Auffassung vertreten, daß, gleichviel ob der Zeitlohn in der TO. für jeden Fall ausdrücklich garantiert wird oder nicht, der tarifliche Mindeststundenlohn auch bei der Akkordarbeit immer die unterste, nicht mehr unterschreitbare Lohngrenze sei.

Demgegenüber hat das Reichsarbeitsgericht in jüngeren Entscheidungen [240]) an der bereits früher vertretenen Auffassung [241]) festgehalten, daß der Tarifstundenlohn bei der Akkordarbeit nur dann als unabdingbarer Mindestlohn gelte, wenn dieses ausdrücklich in der TO. bestimmt sei [242]). Es wird hierzu ausgeführt [243]), es lasse sich allein aus dem Wesen des Akkordlohnes nicht folgern, daß dem Akkordlöhner unter allen Umständen — nur absichtliche Schlechtleistung ausgenommen — der Verdienst des Stundenlöhners gesichert sein müsse. Richtig sei zwar, daß das Ziel der Vereinbarung darauf gehe, dem Gefolgsmann die Möglichkeit zu eröffnen, durch besonderen Fleiß oder besondere Geschicklichkeit mehr zu verdienen als den Stundenlohn. Richtig sei auch, daß der Sinn der Akkordvereinbarung verloren gehe, wenn der Akkordlöhner im Einzelfalle nicht einmal den Verdienst des Stundenlöhners erreiche, der diesem unabdingbar zustehe, ohne daß er besondere Anstrengungen zu machen brauche. Daraus folge aber zunächst nur, daß die TO. in irgendeiner Weise für eine Akkordsicherung Sorge tragen müsse. Die Frage sei aber, wie sie diese Akkordsicherung gewährleiste. Einmal sei es möglich, daß die TO. dieses durch die Garantie des tariflichen Stundenlohnes zu erreichen suche, zum anderen könne sie sich aber auch damit begnügen, für die Aufstellung der Akkordsätze Richtlinien zu geben, die nach menschlichem Ermessen dem Akkordlöhner die gleiche Sicherung böten. Sei der

---

[239]) Siehe hierzu: Daeschner in NS.Soz.Pol. 1935, S. 362; v. Brevern in NS.Soz.Pol. 1937, S. 324; Reichstreuhänder für Sachsen in Amtl. Mitt. 1935, Nr. 39/40, D. 1/316; Mansfeld in Arb.R. Samml., Bd. 26, LAG. S. 166 f.

[240]) Siehe RAG. vom 7. 10. 36 in Arb.R. Samml., Bd. 28, S. 177 f; RAG. v. 20. 1. 37 in Arb. R. Samml., Bd. 29, S. 20 f; vergl. auch LAG. vom 8. 4. 36 in Arb. R. Samml., Bd. 26, S. 161 f.

[241]) Vergl. z. B. RAG. in Arb. R. Samml., Bd. 16, S. 137; Bd. 7, S. 528; Bd. 8, S. 474.

[242]) Ebenso Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., 2. Aufl., S. 407, Anm. 177 a zu § 32; Soz.Prax. 1936, Sp. 879; „Der Betriebsführer der Provinz Brandenburg" 1937/4.

[243]) Siehe RAG. in Arb.R. Samml., Bd. 28, S. 180/81.

Akkordsatz „durchgeregelt", d. h. habe die Erfahrung gelehrt, daß der Durchschnitt der Akkordlöhner den Stundenverdienst überschreite und den Richtsatz erreiche, so werde ohnehin alle Wahrscheinlichkeit dafür sprechen, daß der Mißerfolg des Einzelnen seinen Grund in dessen Person habe. Fehle es ihm zunächst an der notwendigen Übung, so werde er über kurz oder lang den Akkordrichtsatz erreichen. Sei er dauernd leistungsschwach, werde er aus der Akkordarbeit, wo nicht überhaupt aus dem Betriebe ausgeschieden werden.

Namentlich im Hinblick auf die Minderleistung im Sinne der vorliegenden Arbeit hat das Reichsarbeitsgericht in einer weiteren gleichlautenden Entscheidung [244]) hervorgehoben, die Grundsätze über die Unabdingbarkeit des tariflichen Mindestlohnes und die Unzulässigkeit des Tariflohnverzichts hätten auch vom Standpunkt der nationalsozialistischen Rechtsauffassung aus nicht die Bedeutung, daß auch der minderleistungsfähige Arbeiter mindestens den auf den durchschnittlich leistungsfähigen Arbeiter abgestellten tariflichen Stundenlohn erhalten müßte; durch die TO. könne für die Entlohnung eines minderleistungsfähigen Stundenlöhners auch ein anderes bestimmt werden und werde nicht selten ein anderes bestimmt. Beim Vorliegen einer zwar auf den Zeitlohn abgestellten Minderleistungsklausel wirke sich die Nichtgewährung eines Mindestverdienstes beim Akkordvertrage für die Minderleistungsfähigen als die anderweitige Festsetzung eines von den tariflichen Zeitlöhnen abweichenden Lohnes aus.

Mansfeld [245]) hat gegenüber dieser Darlegung des Reichsarbeitsgerichts seine Auffassung, daß der Tarifzeitlohn bei der Akkordarbeit immer garantiert sei [246]), insoweit revidiert, als die Akkordsicherung auch dadurch erfolgen kann, daß die TO. Richtlinien aufstellt, die nach menschlichem Ermessen die gleiche Sicherung gewährleisten wie bei der Zeitlohngarantie. Soweit aber der Arbeiter unverschuldet den durchgeregelten Akkord nicht erfüllen könne, sei er fehl am Platze. Einen solchen Arbeiter, der leistungsschwach sei, solle man überhaupt nicht im Akkord beschäftigen. Tue es der Unternehmer dennoch und dulde er unter Berufung auf den durchgeregelten Akkord ein mehrfaches Unterschreiten der Stundenverdienste, so umgehe er dadurch den zwingenden Charakter der Tarifregelung.

Dieser Auffassung von Mansfeld ist beizutreten. Wie bereits in den vorstehenden Abschnitten hervorgehoben wurde, bildet der richtige Arbeitseinsatz das sozialpolitische Kernproblem für den

---

[244]) RAG. in Arb.R. Samml., Bd. 29, S. 24.
[245]) Mansfeld in Arb.R. Samml., Bd. 28, RAG. S. 181 f.
[246]) Mansfeld in Arb.R. Samml., Bd. 26, LAG. S. 166 f.

Interessenausgleich bei Minderleistungsfähigkeit des Beschäftigten. Es ist schon richtig, daß die TO. die Akkordsicherung durch Aufstellung erfahrungsmäßiger Richtlinien für die Festsetzung des Akkordlohnes erreichen kann. Dann aber kann diese Akkordsicherung auch nur für normalleistungsfähige Gefolgschaftsmitglieder genügen. Ich möchte an dieser Stelle nochmals auf das in der Einleitung [247]) gegebene Beispiel zurückgreifen. Danach würde der alternde Arbeiter bei nachlassender Leistungsfähigkeit trotz der dem Betriebe jahrzehntelang gehaltenen Treue im Akkord unter Umständen einen geringeren Verdienst als den Tarifstundenlohn erhalten, wenn mangels einer tariflichen Garantie der Stundenlohn für ihn nicht gesichert wäre. Ein solches Ergebnis wäre doch sicherlich nicht zufriedenstellend. Fehlt also eine tarifliche Stundenlohngarantie, so muß dieselbe — außer bei verschuldeter Schlechtleistung — dennoch für Minderleistungsfähige gelten. Grundsätzlich soll der Unternehmer Minderleistungsfähige überhaupt nicht im Akkord beschäftigen. Es widerspricht dem Zweck der Akkordarbeit, die doch naturgemäß immer auf einen überdurchschnittlichen Arbeitserfolg abzielt und nur zur Erreichung solcher Leistungen im Arbeitsrecht als besondere Form des Arbeitsvertrages ihre Daseinsberechtigung hat, wenn Gefolgschaftsangehörige nach dieser Leistungsmethode in den Produktionsgang eingesetzt werden, bei denen von vornherein ein qualifiziertes Arbeitsergebnis wegen genereller Minderleistungsfähigkeit ausgeschlossen ist. Besonders aber widerstrebt es dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft und der Kameradschaft, unfallverletzte, kriegsverletzte, alte oder jugendliche Gefolgsmänner mit gesunden und erwachsenen Arbeitskameraden unter Anlegung eines gleichen Maßstabes in einen Leistungswettstreit treten zu lassen [248]). Als solcher muß die Akkordarbeit nach Ziel und Inhalt — natürlich innerhalb gesunder Leistungsgrenzen — betrachtet werden. Dann aber ist die Akkordarbeit nur für volleistungsfähige Arbeiter geschaffen. Beschäftigt ein Unternehmer dennoch Minderleistungsfähige im Akkord, so muß er diesen Gefolgschaftsangehörigen zum mindesten immer den tariflichen Zeitlohn ihrer Altersklasse und Lohngruppe als niedrigsten Verdienst gewähren. Nur in ganz besonderen Ausnahmefällen wird eine Unterschreitung des tariflichen Stundenlohns nach Maßgabe der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. möglich sein, wenn tatsächlich eine anderweitige Beschäftigung des Minderleistungsfähigen außerhalb der Akkordarbeit nach der Struktur und der Wirtschaftslage des Betriebes nicht möglich ist.

---

[247]) Siehe Seite 1.

[248]) Vergl. hierzu auch Hein in „Das junge Deutschland" 1937, Heft 4, S. 156 f.: „Großangriff auf die Akkordarbeit Jugendlicher".

III.

Zusammenfassung des Ergebnisses.

Die Abhandlung hat zu dem Ergebnis geführt, daß eine Unterschreitung des tariflichen Mindestlohnes bei Minderleistung des Beschäftigten grundsätzlich nur nach Herausnahme des betreffenden Arbeitsverhältnisses aus der Tarifregelung nach Maßgabe der 14. Durchführungsverordnung zum AOG. rechtswirksam ist. Damit steht fest, daß eine untertarifliche Entlohnung bei Minderleistung unzulässig ist, da auch bei dem einzig möglichen Fall der erlaubten Minderentlohnung nach der erfolgten Befreiung von der Tarifgeltung durch Einzelverwaltungsakt des Reichstreuhänders der Arbeit eine Tariflohnregelung für das Arbeitsverhältnis mit dem Minderleistungsfähigen eben nicht mehr besteht. Die Reichstreuhänder der Arbeit trifft damit eine beachtliche Verantwortung für einen gerechten Interessenausgleich und nicht zuletzt für die Erhaltung und Beschaffung von Arbeitsplätzen für Minderleistungsfähige. Auch im Zusammenhang mit dem sozialen Problem der Arbeitsbeschaffung für Minderleistungsfähige muß hervorgehoben werden, daß eine allzu ausgedehnte Tarifregelung, die das gesetzliche Maß des § 32 AOG. überschreitet, die Lösung dieses Problems erschwert und gegebenenfalls zu der Alternative führen muß, entweder auf Kosten der Totalität des Unabdingbarkeitsgrundsatzes und damit des Schutzcharakters der Tarifordnung durch Minderleistungsklauseln diesem Problem Rechnung zu tragen oder auf die Beschäftigung einer bedeutenden Anzahl minderleistungsfähiger Volksgenossen zu Ungunsten der Allgemeinheit zu verzichten.

Andererseits darf nicht verkannt werden, daß das Problem der Beschäftigung Minderleistungsfähiger nicht eine alleinige Frage des Tarifrechts ist. Ein Unternehmer, der z. B. die Mühe eines Antrages auf Befreiung des Minderleistungsfähigen von der Geltung der Tarifordnung scheut, wird auch bei individueller Vertragsfreiheit bestrebt sein, den Minderleistungsfähigen „loszuwerden", oder die Einstellung nicht volleistungsfähiger Arbeitskräfte ablehnen. Dieser bedauerlichen Tatsache einer in weiten Kreisen der Unternehmerschaft noch vorhandenen Verständnislosigkeit gegenüber der Minderleistungsfähigenfrage hat ja der Gesetzgeber bereits durch das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 12. Januar 1923 Rechnung getragen. Da dem nationalsozia-

listischen Staat die Fürsorge für die Kriegsopfer und die Opfer der Arbeit ein besonderes Anliegen ist, darf sicherlich erwartet werden, daß in absehbarer Zeit eine Erweiterung der Pflicht zur Beschäftigung erwerbsbeschränkter Volksgenossen erfolgt. Die Fünfte Anordnung des Ministerpräsidenten zur Durchführung des Vierjahresplanes über die Beschäftigung älterer Angestellter hat gewiß auch für diese Frage beachtliche Bedeutung. So wäre es vielleicht durchaus zweckmäßig, wenn sämtliche Minderleistungsfähigen ohne Berücksichtigung des Vomhundertsatzes der Erwerbsminderung gesetzlich erfaßt und in geeigneter Form einer einheitlichen Betreuung der Hauptfürsorgestellen oder auch der Arbeitsämter, die ja durch die Wiederbelebung der deutschen Wirtschaft erheblich entlastet sind, zugeführt würden. Die nunmehr gesunde Arbeitsmarktlage gewährt in weitgehendem Maße günstige tatsächliche Voraussetzungen.

Anhang.

Verzeichnis der im Text angeführten Beispiele.

I. Beispiele aus Tarifordnungen.

1) Die Regelung der Lohnsätze für Jugendliche unter 21 Jahren sowie für Minderleistungsfähige erfolgt durch den Führer des Betriebes nach Beratung im Vertrauensrat.
2) Sämtliche Löhne gelten nur für körperlich und geistig volleistungsfähige Arbeiterinnen.
3) Die Festsetzung der Löhne für minderleistungsfähige Arbeiter erfolgt durch den Betriebsführer nach Anhörung des Vertrauensrates.
4) Die Festsetzung der Löhne für minderleistungsfähige Arbeiter erfolgt nach Beratung im Vertrauensrat durch den Betriebsführer.
5) Der Lohn für Invaliden und Minderleistungsfähige wird ihren Leistungen entsprechend vom Führer des Betriebes — bei Bestehen eines Vertrauensrates nach Beratung in ihm — von Fall zu Fall festgesetzt.
6) Die Löhne von dauernd minderleistungsfähigen Arbeitern können nach Beratung im Vertrauensrat frei vereinbart werden. In den Betrieben, in denen kein Vertrauensrat vorhanden ist, bedarf eine derartige Vereinbarung der Genehmigung des zuständigen Treuhänders der Arbeit.
7) Für Lohnempfänger, die in ihrer Leistungsfähigkeit erheblich beschränkt sind, kann der Lohn zwischen Betriebsführer und Gefolgsmann unter Zustimmung des zuständigen Treuhänders festgelegt werden.
8) Für Gefolgschaftsmitglieder, deren Leistung unter der Durchschnittsleistung ihres Alters und Geschlechts liegt, können vom Betriebsfüh-

---

[1]) TO. für die Neckarsandstein-Industrie des Wirtschaftsgebietes Hessen vom 9. 8. 35 — RABl. 24/35, S. VI 640.

[2]) TO. für die Wäschefabriken in der Stadt und im Landgebiet Bremen vom 16. 5. 34 — RABl. 1934 S. VI 34.

[3]) TO. für die Ziegelarbeiter im Gebiet des Kreises Wesermünde usw. vom 1. 5. 34 — RABl. 1934 S. VI 36.

[4]) TO. für die Ziegelindustrie im Wirtschaftsgebiet Pommern vom 18. 6. 34 — RABl. 1934 S. VI 104.

[5]) TO. für die in land- und privatforstwirtschaftlichen Betrieben des Wirtschaftsgebietes Pommern beschäftigten Gefolgschaftsmitglieder.

[6]) TO. für die Seifenindustrie im Deutschen Reich vom 23. 5. 35 — RABl. 1934 S. VI 442.

[7]) TO. für die im Gartenbau beschäftigten Arbeiter und Arbeiterinnen im Wirtschaftsgebiet Hessen vom 22. 6. 34 — RABl. 1934, S. VI 126.

[8]) TO. für die Gartenbaubetriebe im Wirtschaftsgebiet Schlesien vom 26. 2. 35 — RABl. 1935 S. VI 119.

rer — bei Bestehen eines Vertrauensrates nach Beratung in diesem — mit Genehmigung des Treuhänders der Arbeit andere Löhne festgesetzt und schriftlich niedergelegt werden.

9) Nachweislich minderleistungsfähige Arbeiter und Arbeiterinnen können nach Beratung im Vertrauensrat oder, wo keiner besteht, mit Zustimmung des bezirklich zuständigen Treuhänders der Arbeit abweichend von den Tariflöhnen bezahlt werden. Die Zustimmung des Treuhänders der Arbeit gilt als erteilt, wenn er gegen die Anzeige der Minderentlohnung keinen Einspruch erhebt.

10) Für Lohnempfänger, die in ihrer Leistungsfähigkeit erheblich beschränkt sind, kann der Lohn zwischen Betriebsführer und Gefolgsmann unter Zustimmung des zuständigen Treuhänders festgelegt werden.

11) Für Gefolgschaftsmitglieder, die in ihrer Leistungsfähigkeit erheblich beschränkt sind, kann ein anderer Lohn durch den Betriebsführer — wo ein Vertrauensrat besteht, nach Beratung in diesem — vereinbart werden. Kommt im Vertrauensrat eine Einigung nicht zustande, so entscheidet der Treuhänder der Arbeit.

12) Für Betriebsangehörige, die durch Alter, Invalidität, Kriegs- und Betriebsbeschädigung nachweislich minderleistungsfähig sind, kann nach Beratung im Vertrauensrat je nach der Leistungsfähigkeit des Betreffenden ein besonderer Lohn festgesetzt werden, der jedoch nicht mehr als 20 v. H. unter dem Mindestlohn liegen darf.

13) Mit nachweislich minderleistungsfähigen Gefolgschaftsmitgliedern kann ein von der TO. abweichendes Gehalt vereinbart werden, bei Bestehen eines Vertrauensrates, nach Beratung in diesem. Wo kein Vertrauensrat besteht, wird die Vereinbarung wirksam mit der Anzeige beim Treuhänder der Arbeit. Die Anzeige muß den Grund der Minderleistungsfähigkeit, den Vomhundertsatz der im Betrieb beschäftigten Minderleistungsfähigen gegenüber den Volleistungsfähigen enthalten. Die Vereinbarung wird unwirksam, soweit der Treuhänder der Arbeit widerspricht und sobald er die Vereinbarung aufhebt.

14) Für die durch hohes Alter, Invalidität, Unfall, oder aus sonstigen Gründen minderleistungsfähigen Gefolgschaftsmitglieder kann eine von der Tarifordnung abweichende Regelung nach Beratung im Vertrauensrat und mit Zustimmung des für das Wirtschaftsgebiet zuständigen Treuhänders der Arbeit getroffen werden.

---

[9]) TO. für die Rauchwarenzurichtereien, -Färbereien, -Bleichereien, -Blendereien, -Scherereien, -Bügeleien und -Rupfereien im Gebiet des Deutschen Reiches vom 4. 2. 36 — RABl. 1936, S. VI 320.

[10]) TO. für die im Gartenbau beschäftigten Arbeiter und Arbeiterinnen im Wirtschaftsgebiet Hessen vom 22. 6. 34 — RABl. 1934, S. VI 126.

[11]) TO. für die landwirtschaftlichen Arbeiter im Wirtschaftsgebiet Schlesien vom 20. 3. 35 — RABl. 10/35.

[12]) TO. für die Edelmetall-, Metallwaren-, Schmuckwaren- und Uhrenindustrie in Pforzheim usw. vom 1. 10. 34 — RABl. 1934, S. VI 489.

[13]) TO. für den Einzelhandel im Wirtschaftsgebiet Saarland-Pfalz vom 5. 8. 35 — RABl. 1935, S. VI 658.

[14]) TO. für die deutsche Hohlglasindustrie vom 24. 2. 36 — RABl. 1936, S. VI 176.

15) Nachweislich minderleistungsfähige Gefolgsmänner können nach Beratung im Vertrauensrat, wo keiner besteht, mit Zustimmung des Treuhänders der Arbeit abweichend von den Tariflöhnen bezahlt werden. Die Lohnminderung darf 15 v. H. nicht übersteigen.

16) Für Lohnempfänger, die in ihrer Leistungsfähigkeit erheblich beschränkt sind, kann der Lohn zwischen Betriebsführer und Gefolgsmann festgesetzt werden.

17) 1. Mit Gefolgschaftsmitgliedern, die in ihrer Leistungsfähigkeit durch körperliche oder geistige Mängel erheblich beschränkt sind, kann vom Führer des Betriebes nach Beratung im Vertrauensrat eine untertarifliche Entlohnung entsprechend dem Grade der Minderleistungsfähigkeit vereinbart werden.
In Betrieben, in denen kein Vertrauensrat besteht, ist die schriftliche Zustimmung der zuständigen Kreisbauernschaft erforderlich.
Jede wegen Minderleistungsfähigkeit getroffene Vereinbarung einer untertariflichen Entlohnung ist dem Treuhänder der Arbeit unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Die Vereinbarung ist unwirksam, wenn ihr der Treuhänder der Arbeit widerspricht.

2. Gefolgschaftsmitglieder, die bisher nicht oder seit dem 1. 1. 32 nicht mindestens sechs Monate in der Landwirtschaft beschäftigt gewesen sind, können für eine Anlernzeit bis zu höchstens einem halben Jahre entsprechend den Vorschriften zu 1) untertariflich entlohnt werden.

18) Für nicht volleistungsfähige Arbeiter können im Einzelfalle nach Beratung im Vertrauensrat Sonderlohnvereinbarungen getroffen werden.

19) Mit Gefolgschaftsmitgliedern, die in ihrer Leistungsfähigkeit durch körperliche oder geistige Mängel erheblich beschränkt sind, kann vom Führer des Betriebes — wo ein Vertrauensrat besteht, nach Beratung in diesem — eine untertarifliche Entlohnung vereinbart werden. Die Vereinbarung ist dem Treuhänder der Arbeit anzuzeigen. Sie ist also von Anfang an wirksam, wenn dieser ihr innerhalb einer Frist von zwei Monaten seit Zugang der Anzeige nicht widerspricht. Kommt eine Einigung zwischen den Beteiligten nicht zustande, entscheidet der Treuhänder der Arbeit.

20) Gefolgschaftsmitglieder, die für die ihnen übertragene Arbeit durch

---

15) TO. für die Sattlereien, Tapeziererein und Posamentierereien, die in die Handwerksrolle eingetragen sind, im Wirtschaftsgebiet Sachsen vom 1. 5. 35 — RABl. 1935, S. VI 701.

16) TO. zur Regelung der Arbeitsverhältnisse für die in der Landwirtschaft und im Weinbau beschäftigten Arbeiter in Rheinhessen vom 11. 10. 34 — RABl. 1935, S. VI 15.

17) TO. für die Landwirtschaft in Schleswig-Holstein vom 16. 9. 36 — RABl. 1936, S. VI 1117.

18) TO. für die oberschl. Kalkindustrie vom 12. 2. 35 — RABl. 1935, S. VI 127.

19) TO. der landwirtschaftlichen Arbeiter im Wirtschaftsgebiet Schlesien vom 12. 2. 36 — RABl. 1936, Nr. 6.

20) TO. für das Baugewerbe im Deutschen Reich vom 26. 11. 36 — RABl. 1936, S. VI 1229.

Alter oder Invalidität minderleistungsfähig sind, können unter den tariflichen Lohnsätzen entlohnt werden. Die Minderentlohnung richtet sich nach dem Grade der Minderleistungsfähigkeit. Sie wird in Betrieben, in denen ein Vertrauensrat besteht, nach Beratung in diesem festgesetzt und ist in jedem Falle sofort dem zuständigen Treuhänder der Arbeit anzuzeigen. Die Festsetzung ist unwirksam, wenn ihr der Treuhänder widerspricht.

In Betrieben, in denen kein Vertrauensrat besteht, wird die aus dem gleichen Anlaß durch den Betriebsführer festzusetzende Minderentlohnung nur mit Zustimmung des Treuhänders der Arbeit wirksam. Dem betreffenden Gefolgschaftsmitglied ist die Lohnfestsetzung durch den Betriebsführer schriftlich mitzuteilen.

21) Für Gefolgschaftsmitglieder, die in ihrer Leistungsfähigkeit erheblich beschränkt sind, kann ein anderer Lohn durch den Führer des Betriebes — wo ein Vertrauensrat besteht, nach Beratung in diesem — vereinbart werden. Die Vereinbarung ist dem Treuhänder der Arbeit anzuzeigen; sie wird durch den Einspruch des Treuhänders unwirksam. Der Treuhänder der Arbeit kann getroffene Vereinbarungen mit rückwirkender Kraft genehmigen. Kommt im Vertrauensrat eine Einigung nicht zustande oder ist das Gefolgschaftsmitglied mit dem dem Vorschlag des Vertrauensrates nicht einverstanden, so entscheidet der Treuhänder der Arbeit.

22) Mit nachweislich minderleistungsfähigen Gefolgschaftsmitgliedern kann mit Zustimmung des Treuhänders der Arbeit ein vom Tariflohn abweichender Arbeitsentgelt vereinbart werden.

23) Die Festsetzung der Minderentlohnung wird unwirksam, wenn ihr der Treuhänder der Arbeit innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Eingang der Anzeige widerspricht.

24) Ungeübten Gefolgschaftsmitgliedern können in den ersten sechs Wochen die Löhne um 8 v. H., in den nachfolgenden 12 Wochen um 5 v. H. ihres Stundenlohnes gekürzt werden. Bei Jugendlichen zwischen 14 und 16 Jahren darf eine Kürzung von 4 v. H. während der ersten 18 Wochen vorgenommen werden.

Bei Erwerbsbeschränkten, deren Leistung wesentlich hinter der normalen Arbeit zurücksteht, kann ein der Minderleistung entsprechender Abzug vom Lohn gemacht werden.

---

[21]) TO. für die Forstarbeiter in Privatforsten im Wirtschaftsgebiet Schlesien vom 9. 9. 35.

[22]) TO. für das Holzhandwerk im Regierungsbezirk Merseburg vom 4. 12. 36 — RABl. 1936, S. VI 1307.

[23]) TO. für die Land- und Forstwirtschaft im Wirtschaftsgebiet Brandenburg.

[24]) TO. für die Textilindustrie im Bezirk Württemberg und Hohenzollern vom 4. 12. 34 — RABl. 1935, S. VI 8.

II. Beispiele aus alten Tarifverträgen:

25) Für Jugendliche unter 16 Jahren und für Invaliden bleibt die Lohnfestsetzung der freien Vereinbarung unter Anhörung der gesetzlichen Arbeitervertretung überlassen.

26) Bei verminderter Arbeitsfähigkeit kann der Arbeitgeber in Gemeinschaft mit der Betriebsvertretung eine der tatsächlichen Leistungsfähigkeit des betr. Arbeitnehmers entsprechende Herabsetzung des Lohnes, jedoch nicht unter 75 % vornehmen. Im Streitfalle entscheidet das Tarifamt.

27) Für Arbeiter, deren Arbeitskraft durch Alter, Invalidität beeinträchtigt ist, kann eine besondere, von den Tarifsätzen abweichende Entlohnung festgesetzt werden.
Hiervon dürfen Arbeiter nicht betroffen werden, die im Betriebe alt oder invalide geworden oder die Kriegsbeschädigte sind.

28) Für Minderleistungsfähige können im Einvernehmen mit der gesetzlichen Vertretung der Angestellten von diesem Tarif abweichende Vereinbarungen getroffen werden.

29) Mit Angestellten, die infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen oder in sonstiger Weise erheblich und nicht nur vorübergehend minderleistungsfähig sind, kann mit Zustimmung des Angestelltenrates eine anderweitige Vereinbarung getroffen werden.

30) Die Löhne von dauernd minderleistungsfähigen Arbeitern können mit der gesetzlichen Vertretung der Arbeiterschaft eines jeden Betriebes entsprechend festgesetzt werden. Renten dürfen auf den Lohn nicht angerechnet werden.

31) Die Lohnbezüge nicht vollwertiger Arbeiter unterliegen der freien Vereinbarung.

32) Für Dienstverpflichtete, die nicht volleistungsfähig sind, unterliegen die Barbezüge der freien Vereinbarung.

---

[25]) TV. zwischen dem Fuhrunternehmerverein Velpert einerseits und dem Deutschen Verkehrsbund, Bezirk Bergisch Land, in Barmen, andererseits, vom 30. 12. 24.

[26]) TV. für das Groß-Berliner Hotel- und Restaurantgewerbe betr. Handwerker, Maschinisten, Heizer und Transportarbeiter vom 1. 10. 24.

[27]) TV. zwischen dem landwirtschaftlichen Arbeitgeberverband und dem Deutschen Landarbeiterverband (Bezirksgruppe Köln), dem Zentralverband der Landarbeiter (Bezirksgruppe Köln), dem Allgemeinen Schweizerbund (Bezirksgruppe Köln) vom 2. 2. 1922.

[28]) TV. für die Angestellten der chemischen Industrie in Schlesien und im Restteil von Posen vom 14. 6. 32.

[29]) TV. für die kaufmännischen und technischen Angestellten in der schlesischen Porzellanindustrie.

[30]) RTV. der chemischen Industrie vom 15. 10. 27.

[31]) Landarbeitertarifvertrag für die Provinzen Ober- und Niederschlesien für 1933.

[32]) Privatforstbeamtentarif für die Provinzen Ober- und Niederschlesien vom 19. 12. 32.

33) Die Lohnsätze haben nur Gültigkeit für Leute über 18 Jahre.
34) Arbeiter mit bedeutend verminderter Arbeitsfähigkeit oder mit einer hinter dem Normalmaß weit zurückbleibenden Arbeitsleistung sind nicht Vollarbeiter.
35) Für Arbeiter, deren Arbeitskraft durch Alter, Invalidität oder besondere Verhältnisse beeinträchtigt ist, erfolgt die Bezahlung grundsätzlich nach ihrer Leistung und zwar in dem Verhältnis, in dem ihre Leistung zu der des vollerwerbsfähigen Arbeiters in gleicher Beschäftigung steht. Bei Meinungsverschiedenheiten wird der Lohn mit der gesetzlichen Arbeitervertretung vereinbart.
36) Mit Zustimmung der Arbeitervertretung und der beiderseitigen Organisationsvertreter kann für den einzelnen Arbeitnehmer ein vom Lohntarif abweichender Lohn vereinbart werden, wenn der Betreffende infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen oder in sonstiger Weise erheblich und nicht vorübergehend minderleistungsfähig ist.
37) Erbringt der Arbeitgeber den Nachweis, daß er wirtschaftlich nicht in der Lage ist, das tarifmäßige Gehalt zu zahlen, oder lassen besondere Umstände Ausnahmen gerechtfertigt erscheinen, so können untertarifliche Bezüge mit Zustimmung des Kreisausschusses vereinbart werden.
38) In ganz besonderen Ausnahmefällen kann im Einverständnis mit der gesetzlichen Angestelltenvertretung und der beteiligten Gewerkschaft die Vereinbarung getroffen werden, unter den tariflichen Gehaltssätzen zu bezahlen.
39) Die Löhne nicht volleistungsfähiger, invalider und kränklicher Arbeiter werden entsprechend der Arbeitsleistung nach Anhörung des Arbeiterausschusses festgesetzt.
40) Für Arbeiter unter 18 Jahren sowie weibliche Arbeiter kann die Festsetzung des Lohnes im Wege freier Vereinbarung erfolgen.
41) Die Entlohnung von Arbeitnehmern, die infolge Krankheit, hohen Alters oder Invalidität weniger als ein Durchschnittsarbeiter leisten, unterliegt der freien Vereinbarung mit der Betriebsvertretung.

---

33) TV. zwischen den Firmen Demerad Donau-Main-Rhein-Schiffahrts-AG. Nürnberg, Joh. Tischler, Nürnberg, einerseits, und dem Deutschen Verkehrsbund, Ortsverwaltung Nürnberg, andererseits, vom 4. 4. 24.

34) TV. der Bezirksgruppe Reichenbach EV. des Verbandes Schlesischer Textilindustrieller EV. vom 30. 12. 31.

35) TV. für das niederschles. Steinkohlenrevier vom 22. 6. 32.

36) TV. für das Groß- und Kleinhandelsgewerbe und die gemischtgewerbl. Betriebe für Stadt und Landkreis Waldenburg.

37) TV. der Tarifgemeinschaft Deutscher Apotheker vom 6. 3. 29.

38) TV. zwischen der Bayerischen Zentral-Darlehenskasse und dem Gesamtverband Deutscher Angestelltengewerkschaften, Landesausschuß Bayern in München vom 15. 3. 21.

39) TV. über die Entlohnung der Arbeiter in den Hochofen-, Stahl- und Walzwerken des Saargebiets (Schwerindustrie) vom 25. 9. 28 und 21. 10. 29.

40) TV. zwischen dem Zweckverband für die Lockwitztalbahn Niedersedlitz—Kreischa einerseits und dem Deutschen Verkehrsbund, Ortsverwaltung Dresden, andererseits. (Nachtrag vom 5. 5. 25.)

41) TV. zwischen dem Verband der Berliner Kohlengroßhändler und dem Deutschen Verkehrsbund vom 5. 8. 1924.

42) Bei Angestellten, die durch Alter, Invalidität oder sonstige Mängel in ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit beschränkt sind, wird das Gehalt nach der tatsächlichen Leistungsfähigkeit im Einvernehmen mit der Angestelltenvertretung vereinbart.

43) Arbeiter, welche durch Alter, Invalidität oder Kriegsbeschädigung minderleistungsfähig sind, werden nach freier Vereinbarung im Benehmen mit dem Arbeiterrat entlohnt.

44) Für Minderleistungsfähige und Kriegsbeschädigte, deren Leistungsfähigkeit beeinträchtigt ist, werden die Löhne zwischen Betriebsleitung und Betriebsrat vereinbart.

---

42) TV. zwischen dem Detaillistenverein Eisenach und dem a) Gewerkschaftsbund kaufmännischer Angestelltenverbände, Landesausschuß Thüringen, b) Gewerkschaftsbund der Angestellten (Landesverband Thüringen) vom 1. 8. 1921.

43) TV. zwischen dem Ostpreußischen Arbeitgeberverband für Handel, Industrie und Gewerbe, Sitz Königsberg i. P., und dem Deutschen Holzarbeiterverband, Ortsverwaltung Palmnicken, vom 4. 5. 1922.

44) TV. zwischen dem Verband der Beleuchtungskörper-Industriellen im Bezirk Leipzig und dem Deutschen Metallarbeiter-Verband, Zahlstelle Leipzig, vom 1. 6. 1925.

Literatur.

Bodmann: Dispositive Normen? in Arb.R. u. Volkst. 1934, Sp. 383 f.
v. Brevern: Akkordlohn, in NS.Soz.Pol. 1936, S. 580 f.
v. Brevern: Der Leistungslohn, in NS.Soz.Pol. 1937, S. 321 f.
Büker: Die Ausnahmen von der Unabdingbarkeit der Tarifnormen, Jena 1934 (Diss.).
Daeschner: Akkordlohn — Gerechter Lohn, in NS.Soz.Pol. 1935, 1935, S. 361 f.
Dersch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, Berlin 1934.
Dersch: Die Rechtsnatur der Tarifordnung und der Betriebsordnung und ihre praktischen Auswirkungen, in DAR. 1934, S. 65 f.
Dersch: Der Arbeitsvertrag im neuen Staat, in DAR. 1933, S. 9 f.
Dietz: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 34, München 1934.
Eberhardt: Die Vereinbarung untertariflicher Löhne, in Bl. f. Arb.R. 1926, Nr. 6, S. 3.
Erdel: Tarifvertrag und Arbeitsvertrag, in AR. 1925, Sp. 401.
Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928.
Gallas: Die Unabdingbarkeit der Tarifnormen, in Hauptfragen des Tarifrechts von Kaskel, Berlin 1927.
Gusko: Der Betriebsführer als Gestalter der Betriebsgemeinschaft, in NS.Soz.Pol. 1937, Nr. 13/14, S. 308.
Hain: Großangriff auf die Akkordarbeit Jugendlicher, in „Das Junge Deutschland" 1937, Heft 4, S. 156 f.
Hedemann: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, in DJZ. 1934, S. 161.
Herschel: Neues Arbeitsrecht, insbesondere das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Leipzig 1936.
Herschel: Betriebsordnung, Treuhänder der Arbeit und Tarifordnung, in Arb.R. u. Volkst. 1934, Sp. 64.
Herschel: Tarifordnung und Richtlinien, in Arb.R. u. Volkst. 1934, Sp. 62.
Herschel: Zur Frage der Abschlußnormen, in Arb.R. u. Volkst. 1935, Sp. 76.
Hessel: Tariflohn und Leistungslohn, in SchliW. 1930/6.
Huber: Betriebsordnung und Tarifordnung, in JW. 1934, S. 1017 f.
Hueck: Das Recht des Tarifvertrages unter besonderer Berücksichtigung der Verordnung vom 23. 12. 1918, Berlin 1920.
Hueck: Das Tarifrecht, III. Buch in Handbuch des Arbeitsrechts, Stuttgart 1922.
Hueck: Die Vereinbarung untertariflicher Löhne zur Verhütung der Arbeitslosigkeit, in SchliW. 1924, S. 183.

Hueck: Die Tarifbestimmungen als Mindestbedingungen, in R. u. W. 1920, S. 157 f.
Hueck-Nipperdey-Dietz: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, München-Berlin 1934.
Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I und II, 3./5. Auflage, Mannheim-Berlin-Leipzig 1931.
Jacob: Der Inhalt der Tarifordnung, Jena 1936 (Diss.).
Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.
Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. von W. Jellinek, Berlin 1922.
Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Berlin 1928.
Joerges: Der Tarifvertrag in seinem Verhältnis zum Arbeitsvertrag und zur Betriebsvereinbarung, in SchliW. 1926, S. 83 f.
v. Karger: Entlohnung unter Tarif, in Bl. f. Arb. R. 1922, Nr. 17 C 10.
Kleeberg: Minderleistung und Anspruch auf tarifliche Entlohnung, in Bl. f. Arb.R. 1922, Nr. 19 F 7.
Knaak: Das Schwerbeschädigtengesetz, Kommentar zum Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter, Berlin 1928.
Kosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Erster Band, 7. und 8. Auflage, Jena 1922 und 1927.
Kreller: Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, in Arch.Ziv.Prax. Bd. 123, S. 292.
Kronenberg: Die Ausnahmen von der Unabdingbarkeit der Tarifnormen, Leipzig 1929 (Diss.).
Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, in Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1933.
Leonhard, Franz: Fahrlässigkeit und Unfähigkeit, in Festgaben für Enneccerus, Marburg 1913.
Leopold: Untertarifliche Entlohnung, Leipzig 1927 (Diss.).
Ley: Welche Folgerungen ziehen wir aus der Erkenntnis der nationalsozialistischen Welt, in „Tatsachen", die Leipziger Tagung vom 2. bis 6. 12. 1935, Flugschrift der Deutschen Arbeitsfront, Berlin, Januar 1936.
Lindig: Die Minderleistungsfähigenklausel im Tarifvertrage, in Bl. f. Arb.R. 1922, Nr. 9 b 5.
Liniger: Der Rentenmann, 5. Aufl., Leipzig 1933.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 1. u. 2. Bd., Leipzig 1902/08.
Mansfeld: Vom Arbeitsvertrag, in DAR. 1936, S. 118 f.
Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause: Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und zu dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben unter Berücksichtigung aller Durchführungsbestimmungen, Berlin 1934.
Molitor: Tarifrecht und Treuhänder der Arbeit, in DAR. 1934, S. 1 f.
Molitor: Kommentar zur Tarifvertragsordnung, Berlin 1930.
Molitor: Die unmittelbare Wirkung der Tarifverträge, in NZfA. 1923, Sp. 41 f.
Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes.
Münz: Die neue Sozialverfassung, in Wirtschaftsdienst 1934, S. 71.

Neumann: Tarifrecht auf der Grundlage der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts, Berlin 1931.
Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Leipzig 1934.
Nipperdey: Beiträge zum Tarifrecht, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924.
Oertmann: Der Arbeitslohn.
Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht unter Einschluß der Arbeitskämpfe, Berlin 1923.
Oppermann: Anmerkung zum Aufsatz von Boeker, in JW. 1934, S. 605.
Potthoff: Arbeitsaussetzung und Tarifvertrag, in AR. 1925, S. 111 f.
Potthoff: Bessere Arbeitsbedingungen im Arbeitsvertrage, in NZfA. 1929, S. 95 f.
Potthoff: Gehen Tarifnormen noch in die Arbeitsverträge ein? in Soz.Prax. 1934, Sp. 1457.
Richter: Der Treuhänder der Arbeit und die Regelung der Arbeitsbedingungen, in JW. 1934, S. 600 f.
Richter: Die Rechtswirkungen der Tarifordnung, in JW. 1934, S. 1013 f.
Richter: Leistungsentlohnung und Akkord, in NS.Soz.Pol. 1934, Nr. 6, S. 174 f.
Riezler: Arbeitsrecht und Arbeitsfreiheit in ihrer privatrechtlichen Bedeutung, in Arch. f. bürg. R., Bd. 27, S. 219.
Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905.
Schmauch: Die Rechtswirkungen der Tarifordnung auf das Einzelarbeitsverhältnis, Erlangen 1936 (Diss.).
Schoppen: Das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter.
Schuhmann-Brucker: Sozialpolitik im neuen Staat, 1934.
Schütte: Die Betriebsordnung im Spiegel des Arbeitslebens, in NS. Soz.Pol. 1937, Nr. 13/14, S. 315 f.
Sell: Die Verordnung des Führers und Reichskanzlers über Wesen und Ziel der Deutschen Arbeitsfront, in Arb.R. u. Volkst. 1935, S. 10 f.
Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, Hamburg 1935.
Siebert: Die Treuepflicht als Grundlage des Arbeitsverhältnisses, in NS.Soz.Pol. 1936, S. 331 f.
Sitzler: Die Tarifvertragsverordnung, in Gew.K.G., Bd. 24, S. 95.
v. Staudinger: Kommentar zum BGB., II. Bd., 1. Teil, 9. Aufl., 1930.
Steinmann: Die 14. Durchführungsverordnung zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, in DAR. 1935, S. 310.
Stoll: Die Lehre von den Leistungsstörungen, Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht, in Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Tübingen 1936.
Stritzke: Untertarifliche Entlohnung, in Bl. f. Arb.R. 1928, Nr. 15.
Thieme: Führerprinzip in der Arbeitsverfassung, in DR 1935, S. 214.
Triepel: Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in Festschrift für Karl Binding, II. Bd., Leipzig 1911.
Warncke: Minderleistungsfähige, in DAR. 1936, S. 309 f.
Woerle: Die Entlohnung unter Tarif, München 1933 (Diss.).
Zitelmann: Internationales Privatrecht, Bd. II, München-Leipzig 1912.

Zeitschriften und Sammlungen.

Arb. R. u. Volkst.	=	Arbeitsrecht und Volkstum (früher Arbeitsrecht und Schlichtung), Zeitschrift für das Recht der deutschen Wirtschaftsverbände.
AR.	=	Arbeitsrecht, Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten.
Arb. R. u. Soz. Vers.	=	Arbeitsrecht und Sozialversicherung, herausgegeben vom Amt für Rechtsberatungsstellen im Zentralbüro der Deutschen Arbeitsfront. Beilage zum Amtlichen Nachrichtenblatt der DAF.
Amtl. Mitt.	=	Amtliche Mitteilungen des Reichstreuhänders der Arbeit für das Wirtschaftsgebiet Schlesien bzw. Sachsen.
Arch. Ziv. Prax.	=	Archiv für die zivilistische Praxis.
Arb. R. Kartei	=	Arbeitsrechtskartei.
Bl. f. Arb. R.	=	Blätter für Arbeitsrecht, ständige Beilage zur Deutschen Arbeitgeberzeitung, herausgegeben von Dr. von Karger.
Arb. R. Samml.	=	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichsehrengerichtshofs, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte von Dersch, Mansfeld, Hueck, Nipperdey, Volkmar und Wanda — Mannheim, Berlin, Leipzig.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
DAR.	=	Deutsches Arbeitsrecht,
DKP.	=	Deutsche Kurzpost.
DRZ.	=	Deutsche Richterzeitung.
DAK.	=	Deutsche Arbeitskorrespondenz. Amtliche Korrespondenz der DAF., der NS. Gemeinschaft „Kraft durch Freude“ und der Reichsarbeitskammer.
Gew. K. G.	=	Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
NZfA.	=	Neue Zeitschrift für Arbeitrecht.
NS. Soz. Pol.	=	Monatshefte für NS. Sozialpolitik.
R. u. W.	=	Recht und Wirtschaft.
SchliW.	=	Das Schlichtungswesen, seit 1928 Arbeitsrecht und Schlichtung.
Soz. Prax.	=	Soziale Praxis, Zentralblatt für Sozialpolitik und Wohlfahrtspflege.

Die Arbeitsschlacht in Schlesien, Mitteilungsblatt des Landesarbeitsamtes.

Arbeit und Arbeitslosigkeit, Anzeiger der Reichsanstalt für Arbeitslosenvermittlung und Arbeitslosenversicherung.

Das Junge Deutschland, Amtliches Organ des Jugendführers des Deutschen Reiches.

Der Betriebsführer der Provinz Brandenburg, Verlag Dr. Kurt Neitzel, Berlin-Charlottenburg.

Lebenslauf.

Als Sohn des im Weltkrieg gefallenen Oberpostsekretärs August Mierwald bin ich am 9. April 1910 zu Danzig geboren. Ich bin arischer Abstammung und gottgläubig. Seit der Abtrennung Danzigs vom Deutschen Reich bin ich Danziger Staatsangehöriger.

In Danzig-Langfuhr besuchte ich das Realgymnasium und bestand dortselbst im März 1928 die Reifeprüfung. Alsdann studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar ein Semester an der Technischen Hochschule Danzig, vier Semester an der Universität Breslau und zwei Semester an der Universität Göttingen. Während des Studiums war ich als Werkstudent — Werft- und Hafenarbeiter — tätig und bin in dieser Eigenschaft auch als Maschinistenassistent bei der Hapag nach Ostasien und bei der Hamburg—Südamerikanischen Dampfschiffahrts-Gesellschaft nach Südamerika zur See gefahren. Aus diesem Grunde war ich im Wintersemester 1928/29 an der Technischen Hochschule Danzig beurlaubt.

Am 26. November 1932 bestand ich vor dem Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Celle die erste juristische Staatsprüfung und war anschließend bis 1934 Gerichtsreferendar am Amtsgericht in Zoppot und am Landgericht in Breslau. Auf Antrag erhielt ich die Entlassung aus dem Justizausbildungsdienst und trat als Rechtsberater in den Dienst der Deutschen Arbeitsfront. Nach längerer Tätigkeit an den Rechtsberatungsstellen Breslau, Oels, Oppeln, Trebnitz und Neurode wurde ich im August 1936 als Rechtsstellenleiter nach Waldenburg versetzt und gleichzeitig mit der Beratung der Unternehmer in diesem Kreise beauftragt.

Waldenburg (Schlesien), am 1. November 1937.

Heinz-Günther Mierwald.